

INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



João Filipe Coelho Gíria

Aspirante a Oficial de Polícia

Trabalho de Projecto de Mestrado Integrado em Ciências Policiais

XXII Curso de Formação de Oficiais de Polícia

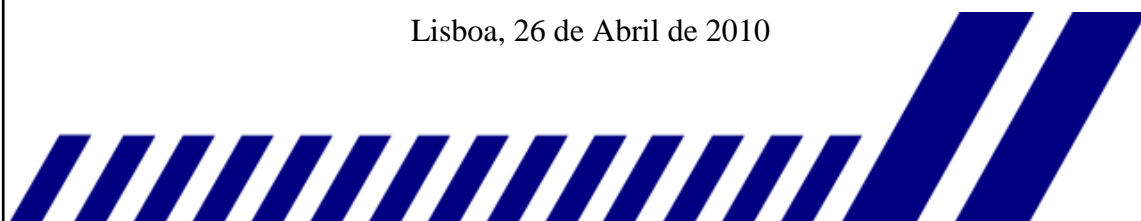
Os Conhecimentos Fortuitos no Contexto das Buscas Domiciliárias

Da Relevância dos Conhecimentos Fortuitos e sua Valoração

Orientador:

Mestre João da Costa Andrade

Lisboa, 26 de Abril de 2010





Estabelecimento de Ensino Instituto Superior de Ciências Policiais e
Segurança Interna

Curso XXII CFOP

Orientador Mestre João da Costa Andrade

Título Os Conhecimentos Fortuitos no Contexto das
Buscas Domiciliárias – Da relevância dos
conhecimentos fortuitos e sua valoração

Autor João Filipe Coelho Gíria
- Aspirante a Oficial de Polícia

Local de Edição Lisboa

Data de Edição Abril de 2010



AGRADECIMENTOS

As dificuldades que se colocaram no meu caminho ao longo destes últimos cinco anos, jamais poderiam ter sido ultrapassadas sem a ajuda e colaboração de algumas pessoas, das quais agradeço e passo a citar:

A Deus que na sua infinita misericórdia sempre me amparou e dirigiu os meus passos. E a Nossa Senhora, fiel guardadora e ouvinte das minhas preces.

Ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna por me ter acolhido e pelo conhecimento que me foi transmitido.

Ao orientador do meu trabalho, Mestre João da Costa Andrade, pela sua paciência e sabedoria, sempre disponível para me auxiliar em todas as dúvidas, sendo que com a sua ajuda a finalização deste trabalho tornou-se mais clara.

Ao Professor Catedrático Germano Marques da Silva, por ter respondido à entrevista que lhe enderecei e por sempre ter respondido a todas as minhas questões, que obviamente foram cruciais na realização deste trabalho.

Ao Professor Doutor Mário Monte, por ter despendido do seu tempo a responder às minhas questões e ter dado a sua opinião sobre o tema em estudo.

Ao Subcomissário Nélson Ribeiro, por me ter transmitido todos os procedimentos que são executados pelos elementos da Divisão de Investigação Criminal da PSP, que contribui para ter uma visão mais operacional da utilização dos meios de obtenção de prova.

À Professora Doutora Maria Teresa Martins, pela disponibilidade e pelos ensinamentos.

Ao Subcomissário David Vieira e Subcomissário David Pereira, pelos seus ensinamentos, colaboração e simplicidade.



Por último, a todas as pessoas com quem não privei o tempo que lhes era devido, mas que sempre estiveram dispostas para me ajudar nas minhas dificuldades e sempre me apoiarão nos momentos de maior dificuldade e que passo a mencionar:

Aos meus avós, Lurdes e Manuel, por tudo o que fizeram e fazem por mim.

Ao meu irmão Carlos, por tudo...

Aos meus pais, Glória e Augusto, pelo carinho, apoio, compreensão e ajuda, por serem o amparado da minha vida.

À minha Lena, luz dos meus olhos, pelo carinho, amizade, compreensão e amor...por estares comigo nos bons e maus momentos.

O meu sincero OBRIGADO

Lisboa, 19 de Abril de 2010



Resumo

Os meios de obtenção de prova apresentam-se como métodos eficazes na recolha dos meios de prova, os quais, posteriormente apreciados pela Autoridade Judiciária (AJ) competente no processo, poderão ser determinantes na descoberta da verdade.

Os conhecimentos fortuitos, fonte de informações análogas a um crime que não o de investigação, surgiram no âmbito das intercepções telefónicas, tendo sido na Alemanha que se iniciou a abordagem sobre esta problemática. Com a entrada em vigor da Lei 48/2007, os conhecimentos fortuitos passam a estar tipificados no ordenamento jurídico português, colmatando as críticas que se ostentavam quanto à necessidade de reserva de lei sobre os conhecimentos adversos.

Deste tema, a diversa doutrina encara três posições quanto ao modo de utilização dos conhecimentos fortuitos, desde a valoração absoluta, a recusa total de valoração e a valoração condicional.

Contudo, não apenas nas escutas telefónicas, os investigadores têm conhecimento de outros factos que não se enquadram no objecto da investigação. Uma vez que os Órgãos de Polícia Criminal (OPC) têm um papel essencial na descoberta de meios de prova, o tratamento a ser executado quanto aos conhecimentos fortuitos não poderá suscitar qualquer dúvida, implicando uma intervenção urgente para que os meios de prova não sejam dispersos.

Palavras-chaves: prova; meios de obtenção de prova; buscas domiciliárias; conhecimentos fortuitos; valoração.



Lista de Siglas

AJ – Autoridade Judiciária

CPP – Código Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

JIC – Juiz de Instrução Criminal

LOIC – Lei da Organização da Investigação Criminal

MP – Ministério Público

OPC – Órgãos de Polícia Criminal

PSP – Polícia de Segurança Pública

STF – Supremo Tribunal Federal (BGH – Bundesgerichtshof)

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

StPO – Strafprozessordnung (Código de Processo Penal Alemão)

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto



ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
a) Temática e Objectivos	1
b) Problema da Investigação e Hipóteses	2
c) Metodologia Adoptada	4
 CAPÍTULO I – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER DO ESTADO E A RELEVÂNCIA DA PROVA	5
1.1 Estado como promotor da segurança.....	5
1.2 Da Prova em Geral	8
1.2.1 Conceito de prova.....	8
1.2.2 Tema da Prova	8
1.2.3 Proibições de Prova	9
 CAPÍTULO II – DAS BUSCAS E ESCUTAS TELEFÓNICAS ENQUANTO MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA.....	12
2.1 Meios de Obtenção de Prova	12
2.2 Das Buscas.....	14
2.2.1 Conceptualização.....	14
2.2.2 Formalidades das buscas	15
2.2.3 Das buscas não domiciliárias	17
2.2.4 Das buscas domiciliárias	18
2.3 Das Escutas Telefónicas	23
2.3.1 Admissibilidade das Escutas	23
2.3.2. Formalidades das Operações.....	28
2.3.3. Extensão das Escutas Telefónicas	31
 CAPÍTULO III – DA RELEVÂNCIA GERAL DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS À ESPECIALIDADE NAS BUSCAS DOMICILIÁRIAS.....	33
3.1 Dos Conhecimentos Fortuitos	33
3.1.1 Enquadramento Geral	33
3.1.2 Dos Conhecimentos da Investigação	34
3.1.3 Dos Conhecimentos Fortuitos nas Escutas Telefónicas	36



3.1.4	Do Efeito à distância	41
3.1.5	Da Valoração dos Conhecimentos Fortuitos.....	42
3.1.6	Da Recusa Total de Valoração	43
3.1.7	Da Valoração Absoluta.....	45
3.1.8	Da Valoração Condicional	46
3.2	Dos Conhecimentos Fortuitos nas Buscas Domiciliárias	51
CONCLUSÃO.....		62
BIBLIOGRAFIA		64
ANEXOS		68



INTRODUÇÃO

a) Temática e Objectivos

O presente trabalho de projecto decorre do Curso de Mestrado Integrado em Ciências Policiais do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, da Polícia de Segurança Pública (PSP).

O tema apresentado insere-se no contexto da prova. Realçam-se os meios utilizados ao dispor dos OPC e AJ para a obtenção da prova, pelo que se abordarão obviamente os meios de obtenção de prova e posteriormente quanto aos conhecimentos fortuitos.

Os meios de obtenção de prova, consagrados no Título III do Código Processo Penal (CPP), são a forma de actuação que permite a recolha dos meios de prova, ou seja, são os catalisadores que permitem a recolha da prova na prossecução do processo. São eles os exames, revistas e buscas, apreensões e escutas telefónicas, sendo que neste estudo irá incidir-se mais sobre as buscas e as escutas telefónicas.

Os meios de obtenção de prova são pois os métodos que permitem a recolha dos meios de prova¹, são a forma que sustenta a investigação² na obtenção dos meios de prova. Já os meios de prova demonstram o reconhecimento, representam a finalidade de actuação dos meios de obtenção de prova³.

Visto que a temática dos conhecimentos fortuitos continua a suscitar várias dúvidas junto da doutrina nacional, decide-se estudar os mesmos inicialmente no contexto das escutas telefónicas, abordando a sua génese e tratamento jurídico. No entanto, pretende-se realizar uma contextualização dos conhecimentos fortuitos no âmbito das buscas, incidindo no contexto do domicílio visto ser uma vertente das buscas que mais restringe os direitos dos cidadãos.

Deste modo, irá ser salientada qual a importância que os mesmos podem ter no

¹ A esfera dos meios de prova abrange todo o Título II do Livro III do CPP.

² A Lei n.º 49/2008, Lei da Organização da Investigação Criminal (LOIC) estabelece no seu art. 1.º que a investigação criminal compreende o conjunto de diligências, que segundo a lei processual penal, visam “averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo”.

³ Sobre a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova, GERMANO MARQUES DA SILVA considera que “os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção de prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios”. (Silva, G., M., 2002: p. 209).



âmbito da repressão da criminalidade como também qual a acção que os OPC devem adoptar perante conhecimentos adversos no decorrer de uma busca domiciliária.

Para este trabalho foi estipulado os seguintes objectivos:

- Patentear a prova como um instrumento essencial na prossecução de uma investigação;
- Analisar o regime jurídico das escutas telefónicas e das buscas;
- Reconhecer a relevância dos conhecimentos fortuitos e sua valoração;
- Contextualizar os conhecimentos fortuitos nas buscas domiciliárias e respectivo tratamento jurídico.

b) Problema da Investigação e Hipóteses

No âmbito de uma investigação com recurso a intercepções telefónicas, pode ocasionalmente surgir novos conhecimentos que não incidem sobre o crime que fundamentou a escuta telefónica, novas informações a que chamamos de conhecimentos fortuitos. Tal como o nome indica, estes novos conhecimentos surgem de uma forma fortuita, não correspondem às informações que os operadores judiciais pretendiam recolher, mas sim a informações sobre a prática de um crime diverso.

Tendo este tema sido analisado pela primeira vez pelo ordenamento jurídico alemão e posteriormente pela doutrina, tais conhecimentos estiveram frequentemente ligados às escutas telefónicas. Apesar de a lei alemã ter previsto uma analogia quanto à valoração dos conhecimentos adversos no contexto das buscas, a mesma não foi recebida da melhor forma pela doutrina, fazendo com que estes novos conhecimentos sejam reconhecidos apenas no contexto das escutas telefónicas.

A problemática dos conhecimentos fortuitos continua a fomentar alguma discussão, uma vez que não existe consenso quanto ao tratamento que os mesmos suscitam, pois a distinção entre os conhecimentos análogos e os conhecimentos da investigação deve apresentar-se bem explícita, uma vez que na investigação criminal a barreira entre estas duas temáticas é bastante ténue.

Ao examinar-se os conhecimentos fortuitos surge a questão sobre a legalidade de



tal facto, isto é, se o mesmo fere os direitos fundamentais do cidadão. Mais, no âmbito dos conhecimentos fortuitos releva-se ter em consideração se estamos perante um meio de prova que possa padecer de inconstitucionalidade.

Assim, são levantadas três possibilidades de valoração dos conhecimentos fortuitos, nomeadamente, a valoração absoluta, a proibição total e a valoração condicional, o que promove uma análise cuidada sobre a possibilidade destes novos meios de prova poderem contribuir para a descoberta da verdade.

No entanto, é entendido que o surgimento de novos conhecimentos não é exclusivo das escutas telefónicas, podendo tal suceder com qualquer outro meio de obtenção de prova, embora que se entenda ser mais relevante no caso das buscas, concretamente nas domiciliárias, uma vez que no decorrer destas diligências os OPC são frequentemente comportados com instrumentos que correspondem à prática de um crime, que não o crime da investigação.

Desta forma, pretende-se enquadrar os conhecimentos fortuitos no contexto das buscas domiciliárias, recorrendo à possibilidade de esses mesmos conhecimentos serem valorados no processo em investigação ou serem a base para a abertura de um novo processo, mediante a avaliação da AJ competente, entendendo qual os procedimentos que os OPC⁴ devem adoptar quando se deparem com conhecimentos análogos aos que evidentemente investigam.

Consideremos como hipóteses de trabalho:

- A utilização dos conhecimentos fortuitos padece de inconstitucionalidade;
- A relevância dos conhecimentos fortuitos como meio de prova ser relevante na descoberta da verdade;
- A possibilidade de obter conhecimentos fortuitos num outro meio de obtenção de prova, nomeadamente na execução de uma busca domiciliária.

⁴ Como disposto na al. c) do art. 1.º do CPP, OPC são as “entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária”. Em conjugação com o art. 55.º do CPP, entendemos ainda que cabe aos OPC “coadjuvar as autoridades judiciárias com vista à realização das finalidades do processo” (n.º 1, art. 55.º), que devem actuar sob a dependência funcional das AJ ou até por iniciativa própria: “colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova” (n.º 2, art. 55.º).



c) Metodologia Adoptada

No que se refere à metodologia adoptada, o estudo empregue baseou-se na leitura e análise de legislação, obras, monografias relacionadas com o tema, assim como bibliografia que se relacione com algum dos itens a ser desenvolvido neste trabalho.

Outros dos pontos base à realização deste trabalho foi a informação recolhida através do método de entrevistas. O tipo de entrevistas utilizado na recolha de informação foi o da entrevista estruturada, preparando-se uma série de questões e onde não existiram outras perguntas durante o cumprimento da mesma. Com este tipo de entrevista procurou-se garantir maior uniformidade à informação recolhida, permitindo um maior envolvimento com o tema em análise.

Este trabalho enquadra-se num estudo teórico, exploratório, que reconhecendo a especificidade dos conhecimentos fortuitos no âmbito das escutas telefónicas, encara um problema, lança a dúvida e tenta esclarecer se de facto é possível enquadrar a temática dos conhecimentos fortuitos no contexto de outro meio de obtenção de prova, neste caso das buscas domiciliárias.

De referir que a reflexão das opiniões de alguma doutrina incidem com posições tomadas anteriormente à reforma processual penal de 2007, pelo que tivemos o natural cuidado no tratamento das mesmas.

Por último, deseja-se que este trabalho contribua para uma melhor reflexão sobre a problemática dos conhecimentos fortuitos, não só nas escutas telefónicas, mas também no que concerne à realização de buscas domiciliárias. Assim como contribuir para esclarecer o modo como os OPC devem tratar os conhecimentos fortuitos quando se deparem com os mesmos, e que sob o princípio da legalidade e da prossecução do interesse público, possam contribuir para a descoberta da verdade e realização da justiça.



CAPÍTULO I – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER DO ESTADO E A RELEVÂNCIA DA PROVA

1.1 Estado como promotor da segurança

Ao referir-se a função do Estado⁵ como promotor da segurança dos cidadãos é necessário que primeiramente se atende que esta função surge de entre várias que caracterizam um Estado de Direito Democrático⁶ e que caminha permanentemente ao lado de outro direito fundamental que é a liberdade.

Se até à Revolução Francesa era o Estado que detinha um poder totalitário, subjugando o indivíduo, usando este poder abusivamente, após esta época e em respeito aos direitos do cidadão, foi necessária a preservação da liberdade, ou seja, “o Estado é chamado a intervir por forma a proteger o indivíduo das arbitrariedades dos detentores do poder e da consequente violação de direitos” (Dias, M., A., 2001: p. 63), ficando assim o Estado com a missão de garantir que os direitos dos cidadãos sejam assegurados, fora o plano de normas vigentes, quer internacionais, quer nacionais. O Homem admite viver sobre regras, abdicando um pouco dos seus direitos pois o valor da segurança é consideravelmente superior, ficando o Estado com o exercício do uso da força para assegurar essa segurança em prol da liberdade⁷. Aludindo a BECCARIA, este refere que os Homens uniram-se em sociedade, pois estavam “cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza da sua conservação. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada(...)ao bem comum forma a soberania de uma nação e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador” (Beccaria, C., 1991: p. 43).

A existência de um Estado de Direito Democrático subentende que este seja

⁵ Relativamente a este assunto, MIGUEL FARIA refere “a função administrativa que o Estado exerce desdobra-se em dois sentidos: um, na manutenção da sua personalidade jurídica; o outro, na orientação e satisfação das necessidades colectivas, com vista à paz e ao bem-estar social e geral” (Faria, M., 2001: p. 170).

⁶ A referência a Estado de Direito Democrático pressupõe a subordinação deste à Constituição da República Portuguesa (CRP) e à lei. Esta subordinação subentende o respeito pela dignidade da pessoa humana, base fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade justa, como enuncia o art. 1.º da CRP.

⁷ Sobre este assunto, PEDRO CLEMENTE afirma que o “Homem não pode ficar sujeito às actividades egoístas de outro Homem, pelo que o Estado encarrega-se da satisfação das principais necessidades de cada ser humano que são semelhantes às sentidas pelos demais indivíduos da colectividade. Há a necessidade social com carácter individual e existe também necessidade social colectiva, privada e pública, que só é perceptível porque o Homem vive em sociedade” (Clemente, P., 1998: p. 31).



promotor dos direitos liberdades e garantias que assistem o cidadão, entre os quais se insere o direito à segurança⁸.

A vida em sociedade apenas encontra o seu equilíbrio através da segurança, pois através desta se consegue a estabilidade necessária para o desenvolvimento social e para o livre exercício dos direitos individuais e colectivos. Assim, a segurança é apresentada como um catalisador da vivência em sociedade, isto é, ostentada como uma condição à regular vivência das populações. No fundo, a segurança “consiste num status que permite a boa organização e o bom funcionamento do Estado e da sociedade, que são pressupostos da existência do Direito e da liberdade” (Sousa, A., F., 2006: p. 36).

A CRP através do art. 27.º, consagra o direito à liberdade e segurança como um direito liberdade e garantia que assiste qualquer cidadão português e que é assegurado pelo Estado⁹. A tipificação desta tarefa fundamental do Estado encontra-se também prevista na alínea b) do art. 9.º da CRP, onde é determinado que o Estado tem como missão garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático.

Tendo o Estado a tarefa de garantir a segurança¹⁰, compete-lhe ostentar uma força colectiva, nomeadamente através da Polícia¹¹, a quem cabe defender a legalidade democrática, garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos¹².

A Polícia, pode revestir natureza de força de segurança ou de serviço de segurança. Seguindo JOÃO RAPOSO, as forças de segurança são as “corporações policiais que têm por missão assegurar a manutenção da ordem e segurança públicas e o exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos” (Raposo, J., 2006: p. 49), tendo a

⁸ Quanto ao conceito de segurança, GUEDES VALENTE afirma que a “segurança como bem jurídico colectivo ou supra-individual não pode ser vista em uma perspectiva limitativa dos demais direitos fundamentais, mas, tão só e em uma visão humanista e humanizante, como garantia da liberdade física e psicológica para usufruto pleno dos demais direitos fundamentais” (Valente, M., G., 2009: p. 36).

⁹ No art. 27.º da CRP é apresentado o direito à liberdade e à segurança. Estes dois direitos aparecem em conjunto pois não devem ser encarados em separado, pois a segurança é um pressuposto da liberdade. O Homem apenas se sente livre quando está seguro, quando não se sente ameaçado, quando a sua integridade física não está em perigo, ou seja, a liberdade assenta na dignidade pessoal, no seu bem estar, na possibilidade de se sentir seguro, não se sentido ameaçado, podendo assim exprimir e exercer os direitos que lhe assistem.

¹⁰ Ao Estado compete garantir a segurança, seja ela no âmbito externo, através das Forças Armadas, como no âmbito interno, através da Polícia. Contudo, é nosso intuito apenas nos referirmos à segurança interna ao longo desta dissertação visto este ser o campo do objecto de estudo em causa.

¹¹ MARCELLO CAETANO denotava a Polícia como o “modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objecto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir” (Caetano, M., 2004: p. 1149).

¹² Conforme o n.º 1 do art. 272.º da CRP.



possibilidade de usar de meios coercivos na prossecução das suas funções e apresentando uma estrutura fortemente hierarquizada¹³. Já no que concerne aos serviços de segurança estes “são os demais serviços, não necessariamente policiais que concorrem para garantir a segurança interna”¹⁴, que diferem das forças de segurança pois não dispõem de uma estrutura semelhante.

A Polícia é um organismo do Estado e encontra explícita a sua missão através do art. 272.º da CRP, isto é, é função da Polícia proteger a vida e a integridade física dos cidadãos, contribuir para a manutenção da ordem e da tranquilidade pública, assegurando a paz pública e o desenvolvimento social, factores essenciais na vida em comunidade¹⁵.

Cabe ao Estado o dever de intervir através da Polícia no contributo e na defesa dos direitos que assistem as pessoas. Este dever de intervenção assume especial importância no que se refere à função de prevenção e investigação criminal, na busca de contribuir na repressão da criminalidade e realização da justiça. É uma força armada, que assumindo o papel interventivo do Estado, se lança na prevenção e repressão da criminalidade, podendo fazer o uso da força legítima e necessária, com o intuito de manter a ordem e a paz pública.

Completando, se ao Estado compete promover os direitos fundamentais das pessoas, a segurança assume neste campo um papel preponderante, estando directamente ligada à liberdade do cidadão. Assim, ao Estado é-lhe imposto “não só a organização de um força capaz de servir os interesses vitais da comunidade política, a garantia da estabilidade dos bens, mas também a durabilidade credível das normas e a irrevogabilidade das decisões do poder que respeitem interesses justos e comuns” (Valente, M., G., 2009: p. 98). Deste modo, a Polícia, em cumprimento de uma das funções do Estado, tem também um papel fundamental no garante dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

¹³ Em Portugal, exemplos de forças de segurança, são a Polícia de Segurança Pública e a Guarda Nacional Republicana.

¹⁴ Cfr. Raposo, J., 2006: p. 49 e ss.

¹⁵ Quanto a este tema, MÁRIO GOMES DIAS afirma que “no Estado de Direito Democrático as forças e serviços de segurança são instituições de defesa da legalidade democrática e de protecção dos cidadãos, que estão exclusivamente ao serviço do Estado e da comunidade nacional e exercem os poderes-deveres correspondentes às suas atribuições funcionais, com os fins e dentro dos limites fixados pela Constituição e pela Lei, não podendo adoptar meios coercivos para além do estritamente necessário e devendo, ainda, respeitar os princípios da adequação e da proporcionalidade” (Dias, M., G., 2005: p. 30).



1.2 Da Prova em Geral

1.2.1 CONCEITO DE PROVA

A prova¹⁶, sinónimo de demonstração da verdade, ou seja, testemunho da existência de um facto, não encontra nenhuma definição no âmbito do direito penal ou processual penal. É no Código Civil que encontramos a definição de prova, que consagra que “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”¹⁷.

Deste modo, entende-se como prova o meio, que durante um processo, permite demonstrar a certeza ou não de um facto, de modo a permitir um processo íntegro na prossecução da justiça e verdade. Acompanha-se por completo a definição que GERMANO MARQUES DA SILVA sustenta, segundo a prova é “entendida como actividade, é também garantia de realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, quer enquanto a demonstração da realidade dos factos não há-de procurar-se a qualquer preço, mas apenas através de meios lícito” (Silva, G., M., 2002: p. 96). No fundo, ao referir-se sobre a prova, estabelece-se um caminho na busca da verificação de uma acção, é um caminho que tem como objectivo demonstrar a veracidade de determinadas situações, “é o esforço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência do crime” (Mendes, P., S., 2003: p. 133).

1.2.2 TEMA DA PROVA

No que concerne ao tema da prova, desde logo há que referir que se trata dos factos, dos acontecimentos que devem ser demonstrados no âmbito do processo. O tema corresponde aos episódios ocorridos e que se pretende atestar a sua veracidade, ou seja, corresponde aos factos que se certificam como relevantes no processo e auxiliam para o encontro da realidade, que vão de encontro a uma resposta às questões levantadas durante o processo. Assim, é entendido como tema da prova, quaisquer factos que devam surgir ao conhecimento do juiz e que da sua autenticidade e importância permitem a realização de um juízo de valor.

Contudo não são tema de prova apenas os factos que unicamente se relacionam

¹⁶ A prova é aquela que demonstra, que “estabelece a verdade de alguma coisa” (Nova Enciclopédia Larousse, 1998: p. 5742).

¹⁷ Art. 341º do Código Civil.



com o objecto do processo, pois se assim fosse iria-se estar a proceder a uma limitação e exclusão de factos que podem ser relevantes. Assim são também tema de prova, “os factos com base nos quais se pode inferir a existência de factos que constituem objecto do processo ou factos que revelem a idoneidade de meios de prova” (Ferreira, M., C., 1986, *cit.* por Silva, G., M., 2002: p. 105). Não são tema de prova os factos que não apresentam qualquer tipo de nexos para o apuramento da verdade, e que assim se qualificam como não pertinentes.

1.2.3 PROIBIÇÕES DE PROVA

Antes de iniciar-se a abordagem relativa às proibições de prova¹⁸, é de considerar relevante abordar a legalidade da prova, pois esta acentua como uma introdução sobre os meios que jamais podem ser utilizados na obtenção de prova.

O art. 125.º do CPP dispõe que “são admitidas as provas que não forem proibidas por lei”, o que assegura que é permitida a utilização de qualquer meio de prova, desde que os mesmos não abranjam métodos que a lei proíba, sendo assim implícito e admitido o princípio da liberdade da prova. É entendimento que o legislador concebeu que sendo a prova um facto de extrema relevância, existe a possibilidade de utilizar qualquer meio, não olvidando tipificar quais os métodos que proíbem a obtenção da prova. Apresentando-se a tipificação dos métodos que são proibidos, são permitidos os restantes, mesmo estes não estando tipificados, pois certamente não irão colidir com o principal fundamento da proibição de prova que é a defesa dos direitos fundamentais.

A defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos é crucial na tarefa de um Estado de Direito Democrático. Assim a própria CRP referencia a impossibilidade de obter provas mediante a utilização de tortura, coacção, ofendendo a integridade física e moral das pessoas ou havendo uma intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações¹⁹, isto é, “a Constituição elevou à categoria dos direitos fundamentais a conciliação das provas com a dignidade da pessoa humana” (Mendes, P., S., 2003: p. 137).

Quanto ao CPP, o art. 126.º dispõe o mesmo regime de nulidade que apresenta a CRP, consagrando a invalidade das provas obtidas mediante o abuso dos direitos

¹⁸ A abordagem aqui referida às proibições de prova, visa sobretudo destacar a parte geral sobre as proibições de prova, não sendo nossa vontade abordar a temática exaustivamente, mas sim contextualizá-la no CPP em vigor.

¹⁹ Art. 32.º, n.º 8, da CRP.



fundamentais dos cidadãos²⁰. Como entende MANUEL DA COSTA ANDRADE, “a coberto dos métodos proibidos de prova proscreve a lei processual os atentados mais drásticos à dignidade humana, mais capazes de comprometer a identidade e a representação do processo penal como processo de um Estado de Direito” (Andrade, M., C., 2006: p. 209)²¹.

Na procura da justiça é importante ter em atenção os parâmetros que não poderão ser violados para a obtenção da prova, pois esta violação incide sobre os direitos dos cidadãos, direitos estes que devem ser protegidos o mais possível, não podendo pois ser atacados. Caso os direitos dos cidadãos sejam violados através da utilização de métodos que são proibidos, então a prova é nula, não podendo ser valorada num processo. Como assegura GERMANO MARQUES DA SILVA, a prova proibida assume a total invalidade no processo, sendo que esta “invalidade é que a prova não pode ser utilizada no processo, não podendo, por isso servir, para fundamentar qualquer decisão” (Silva, G., M., 2002: p. 126).

A procura da verdade é um caminho que a justiça encara como primordial, mas que não pode ser único e prioritário²². Acompanhando MANUEL DA COSTA ANDRADE, a descoberta da verdade não pode ser soberana, não sendo uma demanda na “utilização de provas de algum modo atinentes à área problemática das proibições de prova” (Andrade, M., C., 2006: p. 81).

Mesmo que a utilização de um método proibido seja crucial para a reconstituição do facto ocorrido e só este método assegure o encontro da verdade, o mesmo é proibido, não podendo ser utilizado pois acarreta uma prova que foi obtida mediante métodos enganosos, de crueldade perante o investigado e ofendendo direitos que não podem ser postos em causa²³. À descoberta da verdade, impõe-se um equilíbrio entre a restrição de alguns direitos e a descoberta da verdade, mas estabelecendo um limite à restrição dos

²⁰ O art. 126.º do CPP dispõe no n.º 1 que “são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”.

²¹ Reconhecemos como métodos os meios de prova e os meios de obtenção de prova. Versando o nosso estudo sobre os conhecimentos fortuitos, que surgem na esfera de um meio de obtenção de prova, os métodos proibidos de prova apresentam-se como instrumentos que mesmo provando um facto importante no processo, não pode ser valorado dada a sua obtenção proibida.

²² O CPP não dispõe a verdade como um fim absoluto, não consagra que a verdade seja admitida a todo o custo, sem considerar os meios utilizados para a sua obtenção, tipificando que a prova deve ser descoberta com os meios e métodos tipificados na lei

²³ No âmbito de um processo, o uso dos meios de obtenção de prova culminam sempre com a intromissão nos direitos do cidadão. Contudo, esta intromissão encontra-se tipificada, não podendo ser utilizada para além do estritamente necessário.



direitos dos cidadãos. Como entendem FERNANDO GONÇALVES e MANUEL JOÃO ALVES, por vezes “a prova proibida, seja qual for a causa da proibição, pode ser de extrema relevância para a reconstituição do facto histórico, pode até ser única”, no entanto a mesma jamais poderá ser valorada, visto estar revestida de inverdade e ter sido obtida através da violação de métodos que restringiram os direitos dos cidadãos.

O encontro da verdade deve ser um facto essencial no âmbito de investigações, mas que não pode ser absoluto, isto é, na busca da verdade é importante existir este regime de métodos proibidos de prova, marcando um limite face às possibilidades de obter a prova, salvaguardando os direitos fundamentais, visto que “os meios utilizados em ordem à repressão penal têm de acomodar-se aos princípios jurídicos que predominam num dado momento e aos valores fundamentais da nossa civilização” (Mellado, J., *cit.* por Silva, G., M., 2002: p. 123).

A prova entende-se como fundamental num processo, contudo não se poderá interromper a devida protecção aos direitos dos cidadãos com base na obtenção de uma prova. MANUEL DA COSTA ANDRADE salienta que nos métodos proibidos de prova “hão-de igual e seguramente valorar-se os demais atentados que realizam a mesma danosidade social de afronta à dignidade humana, à liberdade de decisão ou de vontade ou à integridade física ou moral das pessoas” (Andrade, M., C., 2006: p. 216)²⁴.

O direito à integridade pessoal, direito, liberdade e garantia consagrado no art. 25.º da CRP, deve ser protegido constantemente. O uso de tortura ou de coacção, sendo ela física ou psicológica, assume formas de actuação inglórias, pois “o agente da segurança pública torturador enquadra a expressão de cobardia e da indignidade para o são exercício da função em que foi investido” (Faria, M., 2001: p. 183). Como refere MAIA GONÇALVES, as proibições de prova assumem um papel dissuasor na intromissão dos direitos dos cidadãos, pois as “provas obtidas mediante violação desses direitos não podem ser levadas em conta no processo, mesmo que assim seja sacrificada a obtenção da verdade material” (Gonçalves, M., *cit.* por Gonçalves, F., e Alves, M., J., 2009: p. 133).

²⁴ O Estado deve garantir os direitos dos cidadãos, logo não pode ser o próprio Estado, através dos seus órgãos executivos, o principal infractor dos direitos dos cidadãos. Assim, e atendendo ao art. 126.º do CPP, a obtenção da prova jamais poderá ser conseguida através de actos como a tortura ou coacção moral ou física.



CAPÍTULO II – DAS BUSCAS E ESCUTAS TELEFÓNICAS ENQUANTO MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA

2.1 Meios de Obtenção de Prova

Ainda antes de abordar-se os meios de obtenção de prova, é considerado relevante fazer a distinção entre estes e os meios de prova. Importa compreender o que são os meios de prova, pois assim melhor se poderá entender os meios de obtenção de prova.

No CPP, os meios de prova ocupam o Título II do Livro III, sendo assim uma forma de disciplinar estes meios, que como já se referiu anteriormente, é admissível o recurso a outros meios de prova²⁵.

Reflectindo sobre os meios de prova, encara-se que os mesmos são “pessoas ou coisas, e a prova diz-se então prova pessoal ou prova real” (Ferreira, M. C., 1986: p. 208). Acompanhando CAVALEIRO FERREIRA, são entendidos como prova pessoal os meios de prova que utilizam a pessoa para relatar factos que poderão ser cruciais no encontro da verdade, casos da prova testemunhal ou do depoimento indirecto. Quanto à prova real, referem-se aos meios de prova que utilizam um objecto, uma coisa, para determinar a realidade dos factos, mais propriamente a utilização de documentos ou objectos²⁶.

Como refere BENTHAM, “a arte do processo não é essencialmente senão a arte de administrar as provas” (Bentham, *cit.* por Ferreira, M., 1991: p. 221). É através dos meios de prova que se pode aferir a punibilidade ou não do arguido, que se apuram os factos que possam ser relevantes para a existência ou inexistência de um crime, procurando demonstrar a realidade de um facto.

Abordando os meios de obtenção de prova²⁷, é relevante distingui-los dos meios de prova pois é através destes que existe a possibilidade de recolher as provas, ou seja, são formas e métodos que servem para investigar e encontrar os meios de prova. No fundo, os meios de obtenção de prova são as ferramentas à disposição das AJ para a

²⁵ Como já referimos, o Direito Processual Penal admite qualquer tipo de prova, desde que a mesma não seja proibida, o que pressupõe a possibilidade de utilizar qualquer meio de prova.

²⁶ Cfr. Ferreira, M., C., 1986: p. 208 e ss.

²⁷ Os meios de obtenção de prova encontram-se no Livro III, Título III do CPP. De notar que ao longo deste trabalho abordaremos dois meios de obtenção de prova, são eles as buscas e as escutas telefónicas, pois apresentam-se cruciais ao desenvolvimento do tema deste trabalho.



investigação e descoberta da prova, isto é, dos meios de prova²⁸.

Na senda de GERMANO MARQUES DA SILVA, é do entendimento que os meios de obtenção de prova distinguem-se dos meios de prova numa dupla vertente: a lógica e a técnico-operativa²⁹.

Relativamente à perspectiva lógica, o autor considera que os meios de prova são caracterizados “pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento”. Aprofundando este pensamento, consideramos como meios de prova, os dados, os componentes que por si mesmos demonstram a veracidade de um facto, que no fundo por si só encerram convencimento, ao contrário dos meios de obtenção que são os instrumentos legais à obtenção da prova.

Quanto à perspectiva técnico-operativa, o autor considera que os meios de obtenção de prova são “modos de investigação para obtenção de meios de prova e, por isso, que o modo se sua obtenção seja particularmente relevante” (Silva, G. M., 2002: p. 209-210). Assim, entende-se que os meios de obtenção de prova se cingem aos métodos à disposição dos investigadores à consecução de provas, adquirindo especial relevância no âmbito das investigações, pois asseguram o caminho que permite chegar aos meios de prova.

Em suma, os meios de obtenção de prova, apresentam-se no nosso CPP, como instrumentos “que têm por comum o facto de poderem ser considerados como meios que visam a recolha da prova (...), meios que permitem a recolha de elementos pré-constituídos que poderão servir de instrumento de transmissão de conhecimentos”, (Cunha, J. D., 2006: p. 68).

²⁸ Realizando uma simples distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova, salienta-se que no âmbito de uma investigação de tráfico de estupefacientes, é determinada uma busca domiciliária a casa de um suspeito onde se vem a constatar a presença de produto estupefaciente e dinheiro proveniente do comércio da droga. Assim, o meio de obtenção de prova pode adquirir diversos meios de prova, neste caso o produto estupefaciente e o dinheiro são meios de prova, enquanto o método que permitiu a recolha destes meios de prova é o meio de obtenção de prova, neste caso a busca domiciliária.

²⁹ Cfr. Silva, G., 2002: p. 209 e ss.



2.2 Das Buscas

2.2.1 CONCEPTUALIZAÇÃO

Após atender-se à diferença entre meios de prova e meios de obtenção de prova e de os termos definido, passamos à análise das buscas, que ocupam, a par da revista, do art. 174.º ao art. 177.º do CPP^{30 31}.

As buscas³² são um meio de obtenção de prova, que se realizam em locais reservados ou de acesso condicionado ao público, aquando a evidência de indícios que possam existir objectos relacionados com um crime que poderão servir de prova³³. Estas diligências deverão ser autorizadas ou ordenadas pela AJ³⁴ competente, e sempre que possível, a AJ deve presidir as buscas³⁵. Ainda de salientar que os OPC podem proceder a buscas em casos de extrema necessidade, tendo que comunicar a diligência à AJ no mais breve espaço de tempo³⁶.

Como refere PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, para a realização de uma busca deverá existir uma fundada “suspeita de que em certo lugar se encontram objectos relacionados com um crime ou que possam servir da prova ou de que se lá encontram o arguido ou outra pessoa que deva ser detida” (Albuquerque, P., P., 2007: p. 469).

Na esteira de GUEDES VALENTE, a busca é a diligência desenvolvida pela AJ ou pelo OPC com o intuito de obter indícios probatórios³⁷ para serem carreados para o

³⁰ Todavia, as revistas não são objecto do nosso estudo, sendo nossa pretensão apenas abordar as buscas, em função do enquadramento que faremos com os conhecimentos fortuitos no âmbito das buscas domiciliárias.

³¹ As buscas podem assumir o papel de meio de obtenção de prova ou medida cautelar e de polícia como consagra o art. 251.º do CPP. Contudo, pretende-se reflectir mais sobre as buscas como meio de obtenção de prova, pois é neste esfera que militam as buscas domiciliárias, diligência de especial importância no nosso estudo. No entanto, faremos uma breve análise sobre as buscas como medida cautelar quando abordarmos as buscas não domiciliárias.

³² Por busca, a Nova Enciclopédia Larousse do Círculo de Leitores, considera que “em processo penal destina-se à captura de pessoas que devem ser presas ou à apreensão de papéis e outros objectos (provas) necessárias à instrução do processo. As buscas devem revestir-se de certo formalismo legal para que sejam garantidos os direitos e liberdades pessoais do cidadão” (Nova Enciclopédia Larousse, 1998: p. 1278).

³³ Art. 174.º, n.º 2 do CPP.

³⁴ Conforme a al. b) do art. 1.º do CPP, são autoridades judiciárias o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos processuais da sua competência.

³⁵ Art. 174.º, n.º 3 do CPP.

³⁶ Art. 174.º, n.º 5 e Art. 251.º do CPP.

³⁷ Segundo o autor, as provas materiais poderão ser “objectos da prática do crime, móbil do crime, elementos probatórios do crime, elementos materiais que indiciam a consciência da ilicitude dos actos que o(s) agente(s) praticou(aram)”, como exemplo agendas telefónicas, cadernos de apontamentos, contactos telefónicos ou qualquer outro objecto que poderá estar ligado a actos ilícitos.



processo de modo a que se possa prosseguir os fins do processo penal: a realização da justiça através da condenação dos culpados e a absolvição dos inocentes” (Valente, M., G., 2005: p. 61).

Como anteriormente foi referido, a busca é realizada a coisas, normalmente a locais, contudo é entendido como busca a diligência realizada a coisas, normalmente utilizada em compartimentos, seja de uma habitação, de um estabelecimento comercial, ou em veículos³⁸. O que interessará reter, prende-se com a contextualização da busca. Para considerar-se efectivamente uma busca, terá que pressupor um local reservado e que não seja de livre acessibilidade ao público. Com esta premissa é entendido que existe a necessidade de haver razões para que se possam encontrar nesse local objectos relacionados com o crime, mas que por razões de inacessibilidade o OPC não os pode recolher sem autorização da AJ.

2.2.2 FORMALIDADES DAS BUSCAS

Relativamente às formalidades que devem ser seguidas para a realização de uma busca, o art. 176.º do CPP determina todos os parâmetros que devem ser cumpridos, sob pena de a diligência ser considerada nula.

Deste modo, o CPP estabelece que na execução de uma busca com autorização prévia, o elemento que presidir à diligência deve entregar uma cópia do despacho que determina a busca³⁹, se possível à pessoa que é visada no processo. Caso não seja possível, a cópia poderá ser entregue a um familiar, a um vizinho ou até a um porteiro. Assim, é garantido que uma pessoa próxima da pessoa em causa obtém uma cópia da busca que irá ser efectuada. Para GUEDES VALENTE, esta pessoa deve ser da confiança do visado pois substitui-o durante a diligência, podendo ainda ser “quem tenha a disponibilidade do lugar onde se irá realizar a busca poder-se-á considerar o

³⁸ No que se refere aos locais onde a busca é admissível, EDUARDO CORREIA refere que não são exclusivamente o domicílio, podendo tratar-se de “automóveis, garagens, quintais, entre outros espaços, que não cumpram a função de domicílio”. O autor refere ainda que sobre estes espaços, o visado no processo ou um dos seus cúmplices não precisam de ser proprietários dos locais onde se procedem às buscas, “bastando que haja indício de que neles se encontrem objectos com aptidão probatória” (Correia, E., *cit.* por Pinto, A., L., 2006: p. 35).

³⁹ O despacho que determina a diligência deve especificar exactamente o local onde se irá proceder à busca, “com todos os elementos de identificação disponíveis e, se necessário, com identificação cartográfica e fotográfica do lugar. (Ac. do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 19.05.1999, in CJ, XXIV, 3, 235). O mandado também deve conter a identidade civil do visado, se for conhecida, mas não tem de conter a identidade civil da pessoa que tem a disponibilidade do lugar se esta não for o visado” *cit.* por Albuquerque, P., P., 2007: p. 475.



advogado daqueles ou nomeado oficiosamente” (Valente, M., G., 2005: p. 65). O que em caso de omissão destas formalidades, incorre-se em irregularidades submissas ao art. 123.º do CPP.

A realização de uma busca visa pois a obtenção de informação, a recolha de objectos que poderão servir de prova, havendo assim uma intromissão num determinado espaço reservado, o que evidentemente irá afectar a reserva e a intimidade da vida privada das pessoas⁴⁰.

Sendo assim, é determinante seguir as formalidades que a lei impõe, pois mesmo na ausência do principal visado na busca, o CPP permite que outra pessoa, nomeadamente pessoa da sua confiança, possa receber o mandado que permite a execução da busca. Neste caso, existe sempre uma pessoa notificada para a busca, podendo assistir à diligência e acompanhar os OPC durante a mesma.

Como meio de obtenção de prova que se intromete na vida privada do cidadão, o legislador permitiu que uma pessoa possa assistir à diligência, acompanhando os OPC durante a busca. É mencionado que uma pessoa no local onde é realizada a busca pode assistir, não se determina que deve assistir, isto é, o legislador não determinou que durante a busca a pessoa a quem é entregue a cópia deva acompanhar a busca, mas sim que pode assistir se assim o desejar, não sendo a presença do aludido um requisito fundamental á realização da diligência.

O n.º 3 do art. 176.º do CPP menciona que se poderá realizar revista a pessoas que se encontrem no local onde ocorrerá a busca. Quanto a este assunto, entende-se que é determinante os OPC procederem a essa revista sempre que se realize uma busca, pois se é realizada uma busca é porque existem indícios que possam existir provas do cometimento de um crime, logo as pessoas que estão nesse local poderão ou não estar envolvidas nesse ou em outro crime, daí ser relevante o procedimento a uma revista sumária antes de iniciar a diligência, não só porque se poderá recolher algum objecto que poderá servir de prova, como se poderá recolher algum objecto que poderá constituir um perigo para quem realiza a busca como para terceiros, visto que na maioria das vezes a busca não é bem aceite pelas pessoas que estão nesse local.

Acompanhando GUEDES VALENTE e primando para que se os vestígios do crime não se apaguem, alterem ou desapareçam, a AJ ou os OPC podem estabelecer que uma ou várias pessoas não se afastem do local onde se procede à busca, obrigando as

⁴⁰ Art. 26.º, n.º 1 da CRP.



mesmas se necessário for, podendo utilizar a força pública caso as pessoas pretendam abandonar o local⁴¹. Ainda com o intuito da recolha de todos os vestígios que possam ser valorados como prova, os OPC podem “mesmo proibir, se necessário, a entrada ou o trânsito de pessoas estranhas ao local do crime onde se realiza a busca ou quaisquer outros actos que possam prejudicar a descoberta da verdade” (Valente, M., G., 2005: p. 69).

2.2.3 DAS BUSCAS NÃO DOMICILIÁRIAS

No âmbito das buscas, há que distinguir as que se realizam em domicílio e as que se efectuam fora de domicílio, pois embora existam semelhanças, existem também aspectos que as distinguem.

Na esteira de FERNANDO GONÇALVES e MANUEL JOÃO ALVES, um lugar de inacessível acesso ao público e reservado é todo o local que “embora possa revelar factos da vida privada do arguido ou de qualquer outra pessoa que deva ser detida”, não sendo considerado domicílio, podendo estes locais ser uma garagem, um quintal, um automóvel ou até um barracão, ou seja, qualquer local que não seja utilizado como domicílio pelo visado. (Gonçalves, F. e Alves, M. J. 2009: p. 212).

Mesmo implicando direitos dos cidadãos, a busca não domiciliária não tem uma efectivação sobre o horário a que pode ser realizada, o que não sucede com as buscas domiciliárias. No caso das buscas não domiciliárias, o legislador não estabeleceu qualquer tipo de espaço temporal para a realização da diligência, pois não abrangendo a esfera de domicílio, e mesmo perturbando alguns direitos, esta diligência apresenta-se menos perturbadora que a busca domiciliária.

As buscas não domiciliárias não abrangem apenas o art. 174.º do CPP, mas também o art. 251.º. Se no primeiro as buscas enquadram-se como meio de obtenção de prova, no segundo apenas a uma medida cautelar e de polícia.

A busca como medida cautelar pode ser efectuada pelos OPC sem prévia autorização da AJ⁴². Como medida cautelar, as buscas caracterizam-se como medidas sujeitas a condicionalismos, não podendo ser utilizadas de vulgar rigor, “ditadas pela

⁴¹ Art. 173.º, n.º1 do CPP.

⁴² Quanto às buscas como medida cautelar, GUEDES VALENTE expõe que, como exemplo, se tratam das “buscas desenvolvidas em viaturas que saem e entram em zonas criminógenas – como nos bairros onde se trafica drogas e se recepciona material furtado ou roubado -, em cafés, restaurantes, em discotecas, em barcos, em salas de dança, em todos os locais que não sejam considerados domicilio” (Valente, M., G., 2005: p. 80-81).



urgência na aquisição, recolha e preservação de provas em risco de perda, interessando, pois, pô-las em resguardo, ou pela necessidade de acautelar a prática de acções criminosas durante a realização de actos processuais” (Santos, S., e Leal-Henriques, *cit.* por Valente, M., G., 2005: p. 81).

2.2.4 DAS BUSCAS DOMICILIÁRIAS

Quanto às buscas domiciliárias, as mesmas têm de ser analisadas considerando essencialmente dois artigos extremamente importantes. O primeiro é o art. 177.º do CPP que estipula o que se entende por busca domiciliária, quando é que a mesma pode ser efectuada e as formalidades a que está sujeita. O segundo é o art. 34.º da CRP que vem garantir o direito da inviolabilidade do domicílio. O n.º1 do art. 177.º do CPP estabelece que a busca domiciliária pode ser efectuada em dois locais: o primeiro em casa habitada; o segundo em dependências fechadas.

O Tribunal Constitucional⁴³ caracteriza o conceito de domicílio⁴⁴, atestando que o mesmo se trata de um “espaço fechado e vedado a estranhos, onde recatada e livremente se desenvolve toda uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar”⁴⁵. Segundo ANA LUÍSA PINTO, este conceito não se encontra plenamente estabelecido, pois “se algumas situações fácticas se reconduzem indubitavelmente ao conceito de domicílio, como o local de residência de um indivíduo ou família, outras há que suscitam dúvidas” (Pinto, A., L., 2005: p. 429). Se na habitação onde um indivíduo tem o seu quotidiano familiar não existem dúvidas que se trata de domicílio, certezas diferentes se levantam aquando um indivíduo habita num automóvel, numa caravana, numa gruta ou num vão de escada⁴⁶.

De encontro ao conceito de domicílio, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA consideram como domicílio “o local onde se habita - a habitação -, seja

⁴³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 452/89, em Diário da República, I-Série, a 22 de Julho de 1989.

⁴⁴ Quanto ao conceito de domicílio, este é entendido como o “local habitual de residência. A pessoa tem domicílio no lugar da sua residência habitual; Se residir alternadamente em diversos lugares, tem-se por domiciliada em qualquer deles. Na falta de residência habitual, considera-se domiciliada no lugar da residência ocasional ou, se esta não puder ser determinada, no lugar onde se encontrar”. (Nova Enciclopédia Larousse, 1998: p. 2404).

⁴⁵ Assim como no art. 174.º, as buscas como medida cautelar e de polícia terão que ser posteriormente comunicadas à AJ sob pena de nulidade.

⁴⁶ De notar, o Código Civil no seu art. 82.º retrata o que se entende por domicílio, pois no n.º 1 dispõem que a “pessoa tem domicílio no lugar da sua residência habitual; se residir alternadamente em diversos lugares, tem-se por domiciliada em qualquer deles”. Já o n.º 2 enuncia que se um indivíduo não tiver residência habitual, “considera-se domiciliada no lugar da sua residência ocasional ou, se esta não puder ser determinada, no lugar onde se encontra”.



permanente, seja eventual, seja principal ou secundária”⁴⁷ (Canotilho, G. e Moreira, V., 2007: p. 540). No entanto, MARTINS da FONSECA descreve o domicílio mais restritamente, considerando que o mesmo apenas deve-se designar à “casa ou parte de uma casa que um indivíduo ocupa de facto, num dado momento, para aí viver só ou com os membros da sua família” (Fonseca, M. *cit.* por Valente, M., G., 2005: p. 103).

Neste ponto, encontra-se uma dualidade de pensamentos. Se a primeira opinião considera e revela que o sentido de domicílio pode ser alargado às habitações e locais que um indivíduo possa usufruir habitual ou ocasionalmente, a segunda opinião é mais restrita, pois invoca a delimitação de uma habitação ou parte dela para que se possa considerar domicílio.

Assim, aludindo ao pensamento de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, entende-se como domicílio um lugar confinado, a que terceiros não dispõem de acesso e onde o indivíduo desenvolve a sua vida quotidiana, individualmente ou acompanhada, dispondo de privacidade no exercício dos seus direitos e liberdades individuais. É um conceito “construído a partir do respeito pela dignidade da pessoa humana, na sua vertente de reserva da intimidade da vida familiar, de modo a acautelar um núcleo íntimo onde ninguém deverá penetrar sem consentimento do titular do próprio direito” (Pinto, A., L., 2005: p. 432-433).

Como considera MANUEL DA COSTA ANDRADE, o domicílio é algo que ostenta o íntimo do indivíduo que, “de forma mais ou menos ostensiva e directa, releva da esfera da privacidade e se caracteriza pela sua estrutura comunicativa e intersubjectiva” (Andrade, M., C., 2006: p. 50).

Na mesma linha de pensamento, é entendido que a busca domiciliária é realizada em local que se encontre enquadrado no conceito de domicílio, afastando assim o conceito civilístico, no intuito de encontrar objectos que possam servir como meio de prova, a fim de se provar a ocorrência ou inexistência de um crime.

Analisando-se os pressupostos a que atende o art. 177.º do CPP, o n.º 1 determina que a diligência apenas pode ser ordenada ou autorizada por um juiz, preceito este sustentado pela especialidade da diligência, visto que a mesma ofende direitos dos

⁴⁷ Na sua obra, estes autores referem que o conceito de domicílio não pode ser encarado no verdadeiro sentido civilístico, pois então estaríamos a limitar o “domicílio à residência habitual (mas, certamente incluindo também habitações precárias, como tendas, «roulottes», embarcações), abrangendo também a residência ocasional (como o quarto de hotel) ou, ainda, os locais de trabalho (escritórios, etc.)”. Dado este sentido de domicílio, encaramos que o domicílio deve ser abrangente e não dimensionar apenas o conceito de habitação usual (Canotilho, G. e Moreira, V., 2007: p. 540).



indivíduos, como a reserva do domicílio e a sua inviolabilidade, sendo o meio de obtenção de prova que mais restringe os direitos dos cidadãos, depois das escutas telefónicas.

A formalidade de uma busca domiciliária ser ordenada ou autorizada por um juiz vem em conciliação com o n.º 4 do art. 32.º da CRP. Isto porque, sob a linha de pensamento de GUEDES VALENTE, a intervenção de um juiz numa busca domiciliária, estabelece a “obrigatoriedade da prática de actos instrutórios que se prendam directamente com os direitos fundamentais ser da competência de um juiz” (Valente, M., G., 2005: p. 108). Caso a busca em domicílio seja realizada sem conhecimento da AJ⁴⁸ os OPC devem imediatamente comunicar a diligência ao JIC, sob pena de nulidade, como consagra o n.º 6 do art. 174.º do CPP.

Sendo o domicílio um espaço de desenvolvimento da vida pessoal do indivíduo, a intervenção dos OPC no interior de uma casa ou dependência fechada não poderá ser realizada ao acaso, tendo a mesma que ser expressamente fundamentada através de fortes indícios que a diligência se assume como essencial à descoberta de provas, exigindo-se a intervenção do juiz na autorização ou ordem da busca atenta a garantia dos direitos fundamentais em causa.

Aludindo ainda ao pensamento de GUEDES VALENTE, no que se refere à intervenção do juiz na presidência da diligência, concorda-se com o autor quando refere que o legislador, “sabendo de antemão da «pouca disponibilidade» das autoridades judiciais para presidirem e acompanharem estas diligências”, prescreveu que a presença das AJ numa busca domiciliária ocorreria sempre que possível, podendo os OPC efectuar a busca sem a presença do juiz que a determinou. (Valente, M., G., 2005: p. 109).

Por outro lado, a realização de uma busca domiciliária sem autorização prévia da AJ, quando legalmente exigida, pode implicar uma “nulidade relativa, dada a relevância do consentimento do titular, por oposição às nulidades constantes do n.º1 do art. 126.º” (Pinto, A., L., 2005: p. 436).

Deste modo, no art. 126.º do CPP, o n.º 3 determina a nulidade de métodos proibidos de prova, não podendo essas provas ser utilizadas, pois existe uma intromissão na vida privada sem que a mesma tenha sido previamente autorizada pela AJ.

⁴⁸ Em casos como os que demonstra o n.º 4 do art. 177.º do CPP.



Todavia, poderá ocorrer uma busca ao domicílio sem autorização judiciária, mas consentida.

O consentimento⁴⁹ continua a suscitar algumas dúvidas quanto às buscas em domicílio, no que respeita a saber quem é a pessoa que tem o direito de permitir que se realize a diligência.

Analizada alguma jurisprudência, é exposta uma dualidade de opiniões. Nos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 11 de Março e de 26 de Novembro de 1993 é decidido que na realização de uma busca domiciliária, não existe nulidade, quando o titular do direito à inviolabilidade do domicílio expressa o seu consentimento, mesmo que este não seja o visado. Já o Acórdão do STJ de 8 de Fevereiro de 1995, declarou nula a diligência, pois foi consentida pelo filho da arguida. Ora não sendo este o visado, o consentimento mostra-se irrelevante, pois não sendo a pessoa alvo da busca nem o titular do direito de inviolabilidade do domicílio, este não poderá consentir a busca.

Porém, sobre este assunto, MANUEL DA COSTA ANDRADE ao acompanhar AMELUNG, defende que todo o habitante do domicílio “é portador de um direito fundamental na forma de exigência de omissão dirigida ao Estado e só pode dispor-se de um direito alheio na base da autorização bastante” (Amelung, K., *cit.* por Andrade, M., C., 2006: p. 53).

A autorização proferida para a entrada de estranhos numa habitação num contexto quotidiano, apresenta-se de maneira diferente à autorização de entrada de um OPC para a realização de uma busca em todos os compartimentos de um domicílio, isto porque, numa casa habitada por várias pessoas, é entendido que o consentimento deve partir de todos os que nela habitam, uma vez que sendo o domicílio a expressão de cada um que nele habita, a intromissão no mesmo não fere apenas o visado, mas sim todos os que compartilham a mesma habitação⁵⁰.

⁴⁹ Sobre este assunto, ANA LUÍSA PINTO descreve que o “consentimento tem um papel limitado enquanto mecanismo legitimador da actuação dos órgãos de polícia criminal no âmbito de uma busca. Efectivamente, ele é irrelevante nos casos de violação mais grave das regras de obtenção de prova, como a da ofensa da integridade física ou moral das pessoas. Por essa razão, o artigo 126.º do CPP prevê a nulidade e a inutilidade das provas obtidas nessas circunstâncias, mesmo que tenha havido consentimento” (Pinto, A., L., 2005: p. 439).

⁵⁰ Na senda de GUEDES VALENTE, o autor destaca este pormenor do consentimento como uma questão delicada, não podendo o mesmo ser proferido de uma maneira vã. Para o autor “não se pode confundir as autorizações quer pelo seu conteúdo e âmbito, quer quanto aos fins em si mesmos, dados ao canalizador



Após a análise sobre as diferentes decisões do STJ, acompanha-se os arestos já enunciados, que vêm de encontro à posição de GUEDES VALENTE, que afirma que em matéria de consentimento de uma busca domiciliária, este “terá de ser prestado pelo visado com a diligência e seja titular do direito de inviolabilidade de domicílio”. Este consentimento deve ser concedido livremente, sem qualquer tipo de pressão, devendo ficar documentado, como estipula a al. b) do n.º 2 do art. 177.º do CPP (Valente, M., G., 2009: p.130).

Fazendo ainda um percurso sobre o enquadramento de uma busca domiciliária, surge no n.º 2 o impedimento de realizar uma busca entre as 21 e as 7 horas, devido ao preceito que se encontra patente na CRP, que determina que é proibido entrar no domicílio de outrem durante a noite⁵¹ sem o seu consentimento⁵².

Defende-se que a entrada no domicílio durante a noite deve ser entendida como último recurso, pois havendo a possibilidade de a busca ser realizada em horário diurno deve-se primar para não efectuar a diligência em horário nocturno, pois quer com consentimento, “quer em flagrante delito quer mediante mandado judicial só é admissível quando os crimes promotores da diligência” se confinam aos crimes prescritos na al. a), mediante consentimento na al. b) ou em flagrante delito por crimes com pena de prisão superior a três anos, conforme a al. c) (Valente, M., G., 2005: p.112).

Porém, Guedes Valente entende que a punibilidade de 3 anos apresenta-se como uma violação ao n.º 3 do art. 34.º da CRP, pelo que assegura que “as AJ e os OPC não devam proceder a buscas domiciliárias nocturnas com fundamento na al. c) do n.º 2 do art. 177.º do CPP, por a mesma estar ferida de inconstitucionalidade material” (Valente, M., G., 2009: p. 405). Sobre este assunto, entende-se que a particularidade de o legislador permitir a entrada em domicílio durante o período nocturno, prende-se com a especificidade dos crimes em foco, que se apresentam como delitos de elevada danosidade⁵³.

ou electricista com os consentimentos dados aos OPC para efectuarem uma busca domiciliária” (Valente, M., G., 2005: p. 125).

⁵¹ Sobre o conceito de noite, MARQUES FERREIRA entende que a mesma “equivale ao período de descanso ou de recolhimento que em Portugal ocorre entre as 21h e as 7 horas para a generalidade das pessoas, não tendo este período que coincidir necessariamente com a totalidade do período de ausência da luminosidade solar” (Ferreira, M., 1991: p. 266).

⁵² Art. 34.º, n.º 3 da CRP.

⁵³ Ainda em período nocturno, caso exista consentimento ou flagrante delito, a lei é clara, não existindo qualquer tipo de entrave face ao preceito exposto.



Quanto às buscas realizadas em escritório de advogados, de consultórios médicos ou em estabelecimento oficial de saúde, é entendido que devem ser cumpridos os pressupostos que englobam as buscas domiciliárias. Apenas deve ser exposto um apontamento de acordo com GUEDES VALENTE, no intuito de ser da competência exclusiva do juiz de instrução a presidência das buscas nos locais acima mencionados, como descreve a al. c) do n.º1 do art. 268.º do CPP. (Valente, M., G., 2005: p. 131).

2.3 Das Escutas Telefónicas

2.3.1 ADMISSIBILIDADE DAS ESCUTAS

As escutas telefónicas⁵⁴ são um meio de obtenção de prova que tenciona interceptar conversas que possam servir como meio de prova, comunicações entre pessoas que passam “notícias sobre o crime, e estas são todas aquelas pessoas em cujas comunicações telefónicas se fala sobre o crime” (Andrade, M., C., 2004: p. 220).

As escutas telefónicas, que se encontram tuteladas no Capítulo IV, do Título III – Dos meios de obtenção de prova – Livro III do CPP, correspondem à interceptação e gravação de conversações⁵⁵, podendo estas comunicações ser realizadas não só por telefone, mas também por correio electrónico ou por outros meios de transmissão telemática.

Este meio de obtenção de prova apresenta-se como o último na tipificação dos meios, pelo que também considera-se que deve ser o último recurso a ser utilizado. Ora, no âmbito de uma investigação, a realização de escutas telefónicas apenas deve ser utilizada quando todos os outros meios de obtenção de prova se mostraram ineficazes, pois entende-se que é o meio mais danoso para direitos fundamentais dos indivíduos, “porque quem aplicar as escutas telefónicas nunca consegue limitar os danos”. No fundo, os danos produzidos pela realização de uma escuta telefónica têm uma dimensão significativa, na medida em que “lesam sempre muitos mais bens jurídicos, muitos mais

⁵⁴ Através da al.) 25, n.º 2 do art. 2.º da Lei n.º43/86, de 26 de Setembro, é ordenada a regulamentação de admissibilidade para a interceptação de escutas telefónicas, sob prévia autorização judicial, sendo admitida apenas nos casos específicos. É referido ainda que a interceptação não poderá englobar os defensores, excepto se estes tiverem participação criminosa.

⁵⁵ No que concerne ao conceito de conversação, a mesma “é uma actividade social cooperativa quantificada, qualitativa, relacional e clara. Ou seja, cada participante, na conversação, dá um contributo equivalente ao requerido (quantidade)” (Bitti, P., R., e Zani, B., *cit.* por Rodrigues, B., S., 2008: p. 86).



interesses do que aqueles que se queria lesar” (Andrade, M., C., 2005: p. 216)⁵⁶.

Através de uma interceptação telefónica não é apenas o visado que é exposto, mas sim todos aqueles que têm contacto com o mesmo, e que por vezes nada têm de relacionado com o mundo do crime, tendo assim as suas conversas expostas. Com uma escuta, “não é só a intimidade e as relações familiares (...) que são profundamente devassadas, mas também o segredo do confessor, do médico ou do advogado que a lei protege” (Gonçalves, F., e Alves, M., J., 2009: p. 231).

O n.º 1 e 4 do art. 34.º da CRP menciona que os meios de comunicação privada são invioláveis, consagrando ainda que é proibido às autoridades públicas a intromissão nos meios de comunicação, com excepção dos casos previstos na lei, referentes a processos criminais.

Tal como o domicílio, os meios de comunicação privada são invioláveis, apenas podendo ser violados aquando seja indispensável a realização da escuta, uma vez que esta operação “viola o gozo e o pleno exercício de direitos fundamentais, como a reserva da intimidade privada e familiar, a palavra, a inviolabilidade das telecomunicações e comunicações, consagrados constitucionalmente” (Valente, M., G., 2009: p. 74).

Ainda referente aos direitos fundamentais feridos durante uma escuta, MANUEL DA COSTA ANDRADE refere que está em causa o direito à palavra⁵⁷, o direito que assiste a cada cidadão de que a sua palavra não seja gravada sem o seu consentimento, trata-se no fundo do direito à intimidade de cada cidadão, é “o direito que o arguido tem de não ter de contribuir positivamente para a sua condenação”. O autor sublinha ainda que a palavra, apesar de ser um direito que assiste o cidadão, pode também ser um meio perigoso, fruto da possibilidade que a palavra pode ter na condenação do próprio indivíduo, pois “a palavra que proferimos ao telefone é como a pedra que atiramos, sabe-se lá onde vai cair, temos que ter cuidado” (Andrade, M., C., 2005: p. 217).

Em análise ao n.º 1 do art. 187.º, a interpretação e a gravação de comunicações

⁵⁶ GUEDES VALENTE na sua obra sobre as escutas telefónicas trata da utilização deste meio de obtenção de prova como *ultima ratio*, considerando que os “OPC não podem, após a notícia do crime, solicitar de imediato autorização para realizar escutas telefónicas, sem que primeiro se fundamente que os meios de investigação, até então usados, não são os adequados e proporcionais *stricto-sensu* para prevenir e investigar o crime *sub judice*” (Valente, M., G., 2009: p. 59).

⁵⁷ Art. 26.º, n.º1 da CRP.



telefônicas apenas é admissível no âmbito do inquérito⁵⁸, primando aqui por ser uma fase investigatória, pretendendo determinar a existência ou não de um crime. Depreende-se que a realização de uma escuta na fase de instrução não é admissível, uma vez que esta fase não subentende a efectivação ou não de um crime, mas sim a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou arquivamento do inquérito, em virtude de submeter ou não a causa em julgamento^{59 60}.

O n.º 1 expressa claramente que a admissibilidade da interceptação telefónica tem de ser indispensável, mostrando que a diligência é essencial para a descoberta da verdade e que sem a mesma a prova dificilmente se obteria, devendo a diligência obedecer aos princípios de excepcionalidade e de subsidiariedade.

No que se entende pela excepcionalidade, GUEDES VALENTE refere que as escutas estão envoltas em três vectores fundamentais: o primeiro dos quais refere-se à sistematização dos meios de obtenção de prova; o segundo menciona os seus princípios inerentes, como o princípio da legalidade, da proporcionalidade *lato sensu*, do interesse particular ou de defesa dos direitos fundamentais, do interesse público, da justiça e da boa fé; em terceiro expõe que a escuta está sujeita ao princípio da indispensabilidade da descoberta da verdade, só podendo ser utilizada quando outro meio de obtenção de prova menos oneroso efectivar-se inoperante. Por fim, enuncia ainda que sendo a escuta apenas utilizada na fase de inquérito, confere-lhe ainda mais carácter excepcional⁶¹.

Quanto ao princípio da subsidiariedade, o autor designa-o como “princípio da escadaria ascendente”, visto considerar que este princípio “deverá pesar na decisão de quem solicita e de quem decide pelo despacho de autorização ou de ordem à realização das escutas telefônicas” (Valente, M., G., 2009: p. 58;65).

O princípio da subsidiariedade deve conduzir sempre a utilização deste meio de obtenção de prova, porque “só se deve recorrer às escutas telefônicas quando não seja possível a mesma eficácia probatória à custa de meios menos gravosos que as escutas” (Andrade, M., C., 2005: p. 218).

⁵⁸ Art. 262.º do CPP.

⁵⁹ Art. 286.º, n.º1 do CPP.

⁶⁰ Quanto a este assunto, GUEDES VALENTE defende que mesmo a escuta sendo utilizada como último recurso, tendo se mostrado os outros meios de obtenção de prova incapazes à recolha de prova, esta não devia estar confinada apenas à fase de inquérito. O autor defende que para determinados tipos de crime de especial complexidade, e com o intuito de apurar a verdade, o legislador não devia restringir as escutas telefônicas à fase de inquérito, “sob pena de o paradigma da investigação criminal percorrer todo *iter processualis* se desmoronar e se resumir a uma fase inicial não totalmente jurisdicionalizada” (Valente, M., G., 2009: p. 79).

⁶¹ Cfr. Valente, M., G., 2009: p. 58 e ss.



A necessidade da exclusiva intervenção de um juiz para a autorização de interceptação telefónica deve-se ao facto da diligência ser extremamente danosa aos direitos fundamentais do visado, havendo assim uma protecção dos direitos de uma pessoa, visto a diligência não poder ser utilizada aleatoriamente⁶².

A catalogação dos crimes que podem ser investigados por meio de escuta telefónica é explícita, apenas sendo possível a diligência através destes e não de outros, o que vai de encontro a uma imposição constitucional – “salvo os casos previstos na lei em matéria criminal” – como exposto do n.º 4 do art. 34.º da CRP⁶³. Como já salientado, a utilização de uma escuta telefónica devassa os direitos do cidadão, daí que não baste a ocorrência de um dos crimes ditos de catálogo para que se possa recorrer de imediato a uma escuta. Assim, apenas se pode requerer a escuta quando os restantes meios de obtenção de prova se mostrarem ineficazes para a produção de prova e descoberta da verdade.

Já na tipificação dos crimes presentes no n.º 2 do art. 187.º do CPP entram todos em conjugação com a al. a) do n.º 1 do mesmo artigo, pois são todos os crimes puníveis com pena de prisão superior a três anos.

No que se refere à moldura penal de três anos de prisão, ANDRÉ LAMAS LEITE sugere que numa futura alteração legislativa, a moldura penal seja alterada de três para cinco anos, afirmando que a utilização das escutas telefónicas como último recurso iria encontrar um equilíbrio entre os direitos fundamentais em causa e o objectivo de produção de prova⁶⁴.

Ainda de notar que a admissibilidade de uma escuta telefónica requer de autorização, de âmbito exclusivo não delegada, do JIC, como consta na al. e) do n.º 1 do art. 269.º do CPP, do qual o despacho deve ser bem fundamentado, especificando os motivos de facto e de direito da decisão de aplicação das escutas⁶⁵. O n.º 2 do art. 187.º apresenta uma excepção quanto à autorização das diligências, uma vez que dada a necessidade de acelerar a obtenção de provas, o CPP prevê que a escuta possa ser autorizada pelo juiz do local onde se efectiva a conversação telefónica. A autorização

⁶² Sobre a autorização judícia, BENJAMIM SILVA RODRIGUES refere que a autorização tem sempre de ser *a priori* da realização da diligência, pois não é admissível a realização de uma escuta antes da autorização por parte da AJ, não se admitindo qualquer tipo de sistema de ratificação de “medidas de ingerências nas comunicações que se tenha iniciado sem que tenham sido ordenadas ou autorizadas pelo juiz de instrução se verificassem todos os requisitos legais necessários” (Rodrigues, B., S., 2008: p. 226).

⁶³ Cfr. Valente, M., G., 2009: p. 76.

⁶⁴ Cfr. Leite, A., L., 2004: p. 25.

⁶⁵ Art. 97.º, n.º 5 do CPP.



tem no máximo de setenta e duas horas, devendo ser então levada ao conhecimento do juiz do processo⁶⁶.

Importa atentar sobre quem pode recair uma interceptação ou gravação de conversações. Com base do princípio da proporcionalidade, o n.º 4 do art. 187.º determina as pessoas que podem ser visadas⁶⁷ numa escuta.

É entendido que para ser visado numa escuta tem de se estar ligado a um crime de catálogo. Por conseguinte, poderá dar-se o caso de haver interceptações de pessoas que não preenchem os requisitos do n.º 4 do art. 187.º, isto é, que estão fora do âmbito de admissibilidade de serem visadas numa escuta, daí entende-se que as escutas são o meio de obtenção de prova mais invasivo dos direitos dos cidadãos, podendo invadir a intimidade privada de pessoas que nada têm a ver com o mundo do crime.

Este é um dos casos que poderá suceder em conversações entre o arguido e os seus familiares, podendo existir indícios que o arguido seja o autor de um determinado crime de catálogo e os familiares não terem qualquer envolvimento no cometimento do mesmo.

Quanto a este assunto, GERMANO MARQUES DA SILVA concorda com a possível escuta de conversações entre o arguido e os familiares, opinião esta da qual se concorda, pois estando os familiares no direito a recusarem-se a depor como testemunhas, das conversações entre estes e os visados poder-se-ão obter conhecimentos essenciais para a investigação⁶⁸. Para o autor, “não valem as razões que justificam a proibição relativamente às obrigadas a segredo profissional” (Silva, G., M., 1993: p. 223). Posição diferente apresenta GUEDES VALENTE, pois considera não fazer sentido usar a declaração de familiares como prova, podendo estas recusar-se a depor como testemunhas, devendo “ser proibidas as interceptações e gravações das conversas e comunicações entre o arguido e parentes e afins, sob pena de legitimarmos um testemunho contra vontade ou não do consentido” (Valente, M., G., 2009: p. 93).

Ainda sobre as conversações do arguido e pessoas não tipificadas no n.º 4 do art. 187.º, o n.º 5 do mesmo artigo vem defender a relação entre o defensor e o arguido ao proibir a interceptação de conversações entre o defensor e o seu cliente, salvo se existir

⁶⁶ Art. 187.º, n.º 3 do CPP.

⁶⁷ O art. 187.º, n.º 4 esclarece que podem ser usadas escutas contra suspeito ou arguido, pessoa que seja intermediário de informações relevantes sobre o crime ou que tenha informações destinadas ou provenientes do suspeito ou do arguido, e crime sobre a vítima quando esta o consente, efectivamente ou presumidamente.

⁶⁸ Art. 134.º do CPP.



fundadas razões para crer que essas conversações “constituem objecto ou elemento do crime”.

O que a lei pretende defender é tutelar o direito que o arguido tem de preparar e construir a sua defesa, não podendo assim ser interceptada. Logo, não existindo fortes fundamentos de que as conversações entre arguido e defensor constituem objecto ou elemento do crime, o juiz não poderá autorizar a escuta, assumindo-se a diligência como nula.

Contudo, caso sejam interceptadas conversações sobre o crime que determinou a escuta, é do entendimento que a escuta possa servir de prova no processo.

A realização de uma escuta é autorizada por um prazo máximo de três meses, sendo renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite quantas vezes forem necessárias, e desde que persistam os fundamentos que legitimaram a escuta⁶⁹.

De notar que no âmbito das renovações para a continuação das escutas telefónicas, as mesmas não podem ultrapassar o prazo de encerramento de inquérito, pois a diligência apenas se configura nesta fase do processo.

2.3.2. FORMALIDADES DAS OPERAÇÕES

A execução de uma escuta telefónica tem de obedecer às formalidades que estão tipificadas no art. 188.º do CPP.

Após a realização da diligência, o OPC tem de lavrar em auto⁷⁰ o conteúdo das conversações que se obtiveram através da escuta, devendo indicar os aspectos mais relevantes das conversações que possam servir para a formalização da prova, explicando também qual o intuito das conversações, ou seja, o OPC deve descrever qual o objectivo que os interceptados tiveram com a respectiva conversação, como consta do n.º 1 do art. 188.º do CPP.

Este auto deve ser levado ao conhecimento do Ministério Público (MP), com espaços temporais de 15 em 15 dias, com início através da primeira interceptação telefónica decorrente no processo. Em seguida, o MP deve levar ao conhecimento do juiz que autorizou a diligência, não podendo ultrapassar um prazo de 48 horas para a

⁶⁹ Art. 187.º, n.º 6 do CPP.

⁷⁰ O art. 99.º, n.º 1 do CPP descreve que o auto é um instrumento que se destina a fazer fé sobre determinados acontecimentos de actos processuais “a cuja documentação a lei obrigar e aos quais tiver assistido quem o redige”.



transmissão dos conteúdos da escuta⁷¹.

Como comenta BENJAMIM SILVA RODRIGUES, o auto “trata-se de uma indicação indiciária não vinculante para o juiz que poderá e deverá, após audição integral, confirmar ou infirmar a relevância das partes assinaladas para efeitos probatórios” (Rodrigues, B., S., 2008: p. 328). Ou seja, o auto contém informações que serão levadas à consideração da AJ que, como autoridade competente neste contexto, irá avaliar as informações que constam e determinará se as mesmas são ou não relevantes para efeitos de prova.

No entanto, o OPC responsável pelo processo investigatório, mesmo antes de efectuar a transmissão das comunicações ao MP, pode reconhecer o teor das conversações interceptadas, pois assim o OPC pode praticar os actos cautelares necessários para assegurar os meios de prova⁷². Deste modo, GUEDES VALENTE enuncia que a tomada de conhecimento por parte do OPC sobre o conteúdo das conversações pode levar à detenção em flagrante delito⁷³, embora a possibilidade de deter um indivíduo em flagrante delito não se poderá revestir de admissibilidade para a realização de escutas telefónicas, “sob pena da já massificada vulgarização e futura inutilização do meio excepcional descredibilizar, ainda mais, a justiça penal” (Valente, M., G., 2009: p. 81).

Conforme o n.º 5 do art. 188.º do CPP, o OPC pode ainda ser nomeado como “intérprete” para esclarecer o juiz do teor das conversações, de maneira a que a AJ tenha um melhor entendimento sobre os factos que possam servir como prova na descoberta da verdade do processo⁷⁴.

Durante a fase de inquérito, o juiz, a requerimento do MP, determina a transcrição e junção aos autos das conversações que se revelem determinantes para se formar a prova⁷⁵. Em caso de as mesmas serem manifestamente estranhas ao processo, o juiz deve determinar a sua destruição. GERMANO MARQUES DA SILVA refere que este acto constitui-se de extrema importância, pois o juiz analisará os conteúdos

⁷¹ Como consta do n.º 3 e 4 do art. 188.º do CPP.

⁷² Art. 188.º, n.º 2 do CPP.

⁷³ Art. 255.º do CPP.

⁷⁴ Entende-se que o n.º 5 do art. 188.º veio no fundo prever a possibilidade do OPC poder descrever mais pormenorizadamente qual a intenção que os visados têm com as conversações que foram interceptadas, visto cada vez mais se assistir a diversas formas de transmissão de dados entre os agentes do crime quando comunicam com intuição de transmitir informações cruciais que vão de encontro à preparação ou cometimento do crime.

⁷⁵ Quanto à transcrição das conversações para auto, GUEDES VALENTE refere que esta tem de obedecer “*mutatis mutandis*, ao prescrito nos n.º 2 a 4 do art. 101.º do CPP.” (Valente, M., G., 2009: p. 83).



relevantes para a prova, podendo se necessário juntar ao processo, pretendendo-se “obstar que elementos que não revelam para o *thema decidendum* sejam objecto de divulgação” (Silva, G., M., 2002: p. 224).

Após o encerramento da fase de inquérito, o assistente e o arguido podem examinar as conversações telefónicas que foram alvo de escuta, podendo obter cópias das mesmas de modo a juntar ao processo, havendo assim a possibilidade de apresentar a sua contestação sobre os factos descritos e também requerer a abertura da fase de instrução.

De salientar que após a transcrição das gravações, o tribunal, com o intuito de melhor averiguar o teor das escutas, pode decidir a audição das gravações sempre que achar que a diligência é essencial para um melhor entendimento sobre o objectivo das conversações, de maneira a contribuir para a formulação da prova e descoberta da verdade, o que demonstra um especial cuidado por parte do legislador em permitir que o tribunal não só consulte as transcrições, mas tenha acesso às conversações, conhecendo o modo como foram proferidas.

Até ao encerramento do julgamento, as pessoas visadas nas escutas podem consultar os suportes técnicos. Os suportes técnicos que contenham conversações que não forem transcritas, isto é, que não se apresentam como meio de prova, devem ser guardados em envelope lacrado e colocados à ordem do tribunal, sendo posteriormente destruídos após o trânsito em julgado do processo a que pertence⁷⁶.

Existe ainda a possibilidade dos suportes técnicos não serem destruídos após trânsito em julgado, sendo mantidos como anteriormente foi descrito, e só podendo ser utilizados caso exista a interposição de recurso extraordinário.

BENJAMIM SILVA RODRIGUES menciona que a destruição dos suportes técnicos vai de encontro à reserva da intimidade da vida privada e familiar⁷⁷, de maneira a que a exposição da vida do indivíduo apenas seja exposta quando o estritamente necessário. O autor refere ainda que após o prazo de recurso ou de interposição da acção, os elementos que poderão servir de prova devem ser anonimizados, com vista a impedir que os dados da esfera individual do indivíduo não possam ser acessíveis e com isso destruir dados que se afiguram meramente irrelevantes. (Rodrigues, B., S., 2008: p. 422).

⁷⁶ Cfr. Rodrigues, B. S., 2008: p. 422.

⁷⁷ Art. 26.º da CRP.



2.3.3. EXTENSÃO DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

O n.º 1 do art. 189.º do CPP vem estabelecer que o disposto no art. 187.º e 188.º são correspondentemente aplicáveis às conversações por qualquer outro tipo de meio que não o telefone, nomeadamente o correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que estes se encontrem guardados em suporte digital, assim como a interceptação das comunicações entre presentes.

O n.º 1 do art. 189.º vem, e bem, dispor que o regime das escutas telefónicas abarca todas as conversações que se efectuam por meio técnico diferente do telefone.

O legislador resguardou-se, pois numa fase em que a evolução tecnológica é uma constante, está aqui tipificado que o modelo de interceptação de conversações é o regime das escutas telefónicas, independentemente dos meios utilizados. Todavia, este tipo de conversações devem apenas restringir-se às conversações por via oral e que deste modo utilizem meios técnicos para o efeito.

MANUEL DA COSTA ANDRADE trata este mesmo assunto, com o qual se concorda, pois refere que este regime (anterior art. 190.º, actual 189.º), deve apenas incidir sobre as comunicações por via oral, “que possibilitam a emissão e recepção da própria palavra falada”, o que segundo o mesmo, estão excluídos meios como o telégrafo ou o telefax. (Andrade, M., C., 2006: p. 274).

Assim, concorda-se com o autor quando refere que no contexto de interceptações de comunicações e conversações, os documentos que se encontram em computadores privados não se enquadram no âmbito das escutas telefónicas, nem da apreensão de correspondência, mas sim no quadro das buscas⁷⁸.

Através deste preceito, GUEDES VALENTE considera que a interceptação das conversações caberiam no âmbito das buscas domiciliárias ou da criação de uma nova concepção de busca – busca informática ou electrónica – tendo um regime algo próximo com o regime que estabelece as escutas. (Valente, M., G., 2009: p. 97). Com esta posição, concorda-se com a possibilidade de ser criada uma nova concepção de busca, que se enquadraria da melhor forma com estes casos, não englobando assim a busca domiciliária, pois entendemos que o conceito de domicílio não é operativo relativamente às interceptações de conversações que estejam guardadas em suporte digital.

⁷⁸ Andrade, M., C., *apud.* por Leite, A., L., 2004: p. 663.



Seguindo o pensamento de BENJAMIM SILVA RODRIGUES, no que se refere às conversações entre presentes, estas mereceriam uma consagração diferenciada e autónoma. MANUEL DA COSTA ANDRADE menciona que este tema não deveria obedecer às escutas telefónicas, o que se está de acordo, isto porque uma coisa é a escuta nos meios de comunicação e outra é a escuta das conversações cara a cara⁷⁹.

Por fim, é importante salientar que a extensão das escutas telefónicas apenas se deve cingir a informações do contexto criminal e não de aplicação das mesmas a infracções disciplinares⁸⁰.

Este tema é levantado por GUEDES VALENTE, que demonstra preocupação com a utilização de conversações interceptadas no intuito de serem levantados processos disciplinares, o que consideramos impraticável, pois as escutas telefónicas apenas são admitidas em contexto criminal e quando cumpridos os pressupostos de crimes de catálogo: o que “não se pode admitir que se possa usar conteúdos, elementos probatórios e indícios da prova obtidos através de intercepções (...) telefónicas, em processos disciplinares”, o que deste modo também essas informações obtidas das comunicações não podem “admitir como notícia de infracção disciplinar” (Valente, M., G., 2009: p. 99).

⁷⁹ Cfr. Andrade, M., C., 1997: p. 217.

⁸⁰ De notar, este assunto não se prende com a temática dos conhecimentos fortuitos que será estudada mais à frente, mas sim da utilização de informações obtidas através de uma escuta e sua aplicação em contexto disciplinar.



CAPÍTULO III – DA RELEVÂNCIA GERAL DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS À ESPECIALIDADE NAS BUSCAS DOMICILIÁRIAS

3.1 Dos Conhecimentos Fortuitos

3.1.1 ENQUADRAMENTO GERAL

Após terem sido abordados todos os pressupostos legais que envolvem a realização de uma escuta telefónica, importa salientar que em diversas intercepções de comunicações, os operadores judiciais deparam-se com informações que surgem ocasionalmente, ou seja, informações essas que dizem respeito a outros crimes que não o objecto da investigação que fundamentou a diligência. Tais informações análogas devem ser tidas como conhecimentos fortuitos – *Zufallsfunde*.

GUEDES VALENTE entende os *Zufallsfunde* como todos os factos ou conhecimentos que se operam através de uma intercepção e gravação legal de comunicação “ou por meio de registo de voz (*off*) e imagem ou por meio do agente infiltrado ou por meio de apreensão de correspondência” e que não estão interligados ao crime que evidenciou o meio de obtenção de prova. (Valente, M., G., 2006: p. 74). Já ANDRÉ LAMAS LEITE, entende os conhecimentos fortuitos como os que excedem “o núcleo de fontes de informação previstas no meio de obtenção de prova em causa, assim atingindo a esfera jurídica de terceiros, bem como aqueles que (...) não se prendem com a faculdade que motivou o recurso a tal meio” (Leite, A., L., 2004: p. 38).

Para uma melhor identificação com a problemática das informações análogas, destaca-se a seguinte hipótese de investigação: Através da escuta telefónica de A pelo crime de tráfico de estupefacientes, permite-se apurar que o mesmo se dedica também ao tráfico de seres humanos. Assim, apresenta-se aqui um conhecimento adverso ao que serviu de fundamento à escuta telefónica. Como estabelece MANUEL DA COSTA ANDRADE, a constelação que envolve a problemática dos conhecimentos fortuitos não se afigura fácil, pois a génese dos *Zufallsfunde* reporta-se ao surgimento de informações criminais que não se englobam na suspeita do crime que legitimou o meio de obtenção de prova⁸¹. Porém, a dificuldade de tratamento dos conhecimentos adversos irá aumentar caso as situações de informações análogas “se reportarem a infracções não

⁸¹ Cfr. Andrade, M., C., 2006: p. 304.



imputáveis as arguido ou suspeito e, sobretudo, a infracções que caem já fora dos crimes de catálogo” (Andrade, M., C., 2006: p. 304).

3.1.2 DOS CONHECIMENTOS DA INVESTIGAÇÃO⁸²

A realização de uma escuta telefónica tem como objectivo a descoberta de comunicações que sejam de interesse para a prova, ou seja, que sejam relevantes para a descoberta da verdade. A estes conhecimentos que surgem no decorrer da investigação e que estão em relação com o crime que fundamentou a autorização do meio de obtenção de prova denominamos de conhecimentos da investigação – *Untersuchungserkenntnissen*.

Quanto aos conhecimentos da investigação, é entendido que os mesmos são todos os conhecimentos que surgem no decurso de uma investigação, provenientes de um meio de obtenção de prova legalmente ordenado e realizado⁸².

A distinção entre os conhecimentos da investigação e os conhecimentos fortuitos é sensível, daí que segundo Wolter, estes conceitos apresentam fronteiras ténues, estando muito ligados ao objecto do processo^{83 84}.

No âmbito das escutas telefónicas, em alusão ao pensamento de MANUEL DA COSTA ANDRADE, entende-se que os conhecimentos da investigação são todas as informações ou factos que “estejam numa relação de concurso ideal e aparente”⁸⁵ com o ilícito que motivou o meio de obtenção de prova, neste caso as escutas telefónicas. (Andrade, M., C., 2006: p. 306). Como entende RIESS, os conhecimentos da investigação “integram o processo histórico que a seu tempo ofereceu o motivo para uma ordem legítima de escuta” (Riess, JR *apud* Andrade, M., C., 2006: p. 306).

Quanto à distinção entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos é de salientar que ambos têm de advir de uma escuta telefónica que respeite a

⁸² Cfr. Rendeiro, V., E., S., 2009: p. 7.

⁸³ Cfr. Wolter A. *apud* Andrade, M., C., 2006: p. 281.

⁸⁴ Quanto a esta distinção, FRANCISCO AGUILAR menciona que a necessidade de percepção destas duas figuras, prende-se com o facto de numa circunstância “qualificarmos um facto como conhecimento da investigação ou conhecimento fortuito poderemos estar a determinar a sua valoração como prova ou a proibição da sua valoração na mesma qualidade, respectivamente” (Aguilar, F., 2006: p. 18).

⁸⁵ O autor não considera como conhecimento da investigação apenas estes factos, mas também os delitos que estejam numa “relação de comparação alternativa dos factos”, como os factos que constituam a actividade de associação criminosa, as diferentes formas de comparticipação num ilícito criminal, assim como “as diferentes formas de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação” (Andrade, M., C., 2006: p. 306).



admissibilidade e os pressupostos que se encontram na esfera da diligência.⁸⁶ Pese embora tais conhecimentos possam decorrer de um mesmo processo, a finalidade de uma investigação centra-se sempre na obtenção dos conhecimentos da investigação, pois é este o principal fundamento que motivou a diligência.

Já os conhecimentos fortuitos, como o próprio nome indica, são aqueles que surgem inesperadamente, em virtude de uma investigação em que se pretendia a obtenção de meio de prova, que não os que surgissem ocasionalmente, mas que obviamente merecem especial cuidado e tratamento, podendo assim ser um catalisador na descoberta da verdade de um processo análogo ao que motivou a investigação⁸⁷. A definição de conhecimentos fortuitos não é fácil pois como entende MÁRIO MONTE, por falta de uma referência quanto ao direito positivo, só *a contrario* da definição de conhecimentos da investigação conseguimos estabelecer o que são os conhecimentos fortuitos⁸⁸.

Quanto à concepção dos conhecimentos da investigação, discorda-se com a crítica que FRANCISCO AGUILAR apresenta quanto à concepção apresentada por MANUEL DA COSTA ANDRADE no que concerne à ausência de um critério objectivo quanto aos conhecimentos da investigação. AGUILAR considera que a valoração dos *Zufallsfunde* não se enquadra na esfera do art. 187.º do CPP, admitindo que caso ocorram conhecimentos adversos no âmbito de uma investigação, os mesmos jamais poderão ser valorados, devendo sempre seguir-se o regime dos conhecimentos da investigação⁸⁹. Relativamente a esta posição, e tal como GUEDES VALENTE, entende-se que o regime dos conhecimentos da investigação não é absoluto, não se defendendo a proibição absoluta de valoração dos conhecimentos fortuitos^{90 91}. Ainda de acordo com

⁸⁶ O incumprimento das admissibilidades e pressupostos de uma escuta telefónica, ou de qualquer outro meio de obtenção de prova, incorre numa intolerável ofensa a bens jurídicos fundamentais, apresentando-se como um atentado à esfera pessoal dos indivíduos, desrespeitando a legalidade processual e incorrendo nos métodos proibidos de prova, como explana o art. 126.º do CPP.

⁸⁷ Sobre esta distinção entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação, o STJ foi chamado a pronunciar-se através do Acórdão de 23 de Outubro de 2002, tendo o mesmo seguido a linha de pensamento de MANUEL DA COSTA ANDRADE, entendendo que os conhecimentos de investigação se reportam às informações que estejam em concurso ideal com o crime que fundamentou o meio de obtenção de prova. A contrário, os conhecimentos fortuitos são simplesmente os conhecimentos que não se enquadram no contexto dos primeiros referidos, isto é, surgem no âmbito de uma investigação legítima, mas não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a diligência. (Ac. STJ de 23 de Outubro de 2002).

⁸⁸ Cfr. Monte, Mário entrevista concedida sobre o tema em estudo a 12 de Abril de 2010, expressa em Anexo B.

⁸⁹ Cfr. Aguilar, F., 2006: p. 78.

⁹⁰ Cfr. Valente, M., G., 2006: p. 82.



GUEDES VALENTE⁹², é de salientar que a ausência de uma delimitação rígida da concepção dos conhecimentos da investigação não afasta um risco de interpretação extensiva, podendo catapultar determinados factos que se inserem no contexto dos conhecimentos fortuitos em conhecimentos da investigação⁹³.

A capacidade de distinguir os conhecimentos fortuitos em conhecimentos da investigação não surge pela ocorrência de um novo crime que não estava previsto numa investigação. Todos os novos crimes que surgem não são catapultados para os conhecimentos fortuitos, pelo que é necessário efectuar uma análise sobre os mesmos e entender se entram na esfera dos conhecimentos da investigação ou se efectivamente é a recolha de um novo crime que não se pode associar à investigação já em curso.

A qualificação de novos factos como conhecimentos fortuitos ou conhecimentos da investigação não é taxativa, uma vez que depende do contexto da investigação e do objecto a que se centra essa investigação⁹⁴.

3.1.3 DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS NAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

A problemática dos conhecimentos fortuitos surgiu através da decisão do Tribunal de Hamburgo, datada de 11 de Outubro de 1972. Esta decisão dispunha que era lícito valorar todos os conhecimentos adversos que resultassem de uma escuta telefónica legal, independentemente se o crime em investigação compunha os crimes de catálogo passíveis de ser investigados por escuta telefónica⁹⁵. Este tribunal entendia que todos os conhecimentos deveriam ser utilizados como meio de prova, mesmo que a suspeita do crime de catálogo - § 100 a) do StPO – não se efectivasse, isto é, era permitido utilizar qualquer informação que se obtivesse fortuitamente numa escuta legal, mesmo que a suspeita do crime que fundamentou a interceptação cessasse⁹⁶.

⁹¹ Quanto ao regime de proibição ou valoração dos conhecimentos fortuitos, abordaremos este preceito em ponto próprio.

⁹² Apoiando a posição de MANUEL DA COSTA ANDRADE e afastando-se de FRANCISCO AGUILAR.

⁹³ Cfr. Valente, M., G., 2006: p. 81.

⁹⁴ O que pretendemos transmitir é que o surgimento de materiais que se reportem a um novo crime não implica que estaremos perante conhecimentos fortuitos. É importante investigar e entender se os novos factos, mesmo reportando-se à ocorrência que as autoridades não tinham conhecimento, não têm uma ligação com o crime já em investigação, pois se o tiverem, esses novos factos não podem ser tratados como conhecimentos fortuitos, mas sim como conhecimentos da investigação. Os conhecimentos fortuitos serão todos os novos factos que mesmo se reportando a um crime que não era do conhecimento das autoridades não entra na esfera do crime já em investigação.

⁹⁵ Cfr. Rendeiro, V., E., S., 2009: p. 7 e ss.

⁹⁶ Cfr. Aguilar, F., 2004: p. 28.



Em complemento ao § 100 a) do StPO, o § 108 do StPO vem consagrar que em matéria de buscas, era permitido que se valorassem todos os conhecimentos fortuitos que surgissem no contexto da diligência⁹⁷.

Contudo, a decisão de 15 de Março de 1976 do Supremo Tribunal Federal da Alemanha (STF)⁹⁸, alega que no quadro dos conhecimentos fortuitos, estes só podem ser valorados caso estejam em conexão com os crimes de catálogo, afigurando aqui o princípio da proporcionalidade, resultante de um Estado de Direito Democrático que “só permite a restrição das posições respeitantes a direitos fundamentais apenas naquilo que seja absolutamente necessário à protecção de bens jurídicos constitucionalmente reconhecidos” (NJW, 1976, *cit.* por Aguilar, F., 2004: p. 30-31).

Quanto à analogia dos conhecimentos fortuitos no âmbito das buscas - § 108 do StPO – o STF entendeu que não pode existir qualquer tipo de equiparação da admissibilidade dos *Zufallsfunde* em matéria das escutas telefónicas em matéria de buscas, pois no que concerne às buscas não existe um catálogo de crimes que legitimem o recurso a este meio de obtenção de prova⁹⁹.

Desta forma, ficou bem entendido por parte do STF, que a valoração para as informações que surjam adversamente que possam ser recolhidas através de uma escuta telefónica validamente realizada, apenas podem ser as que se referem aos crimes de catálogo. Caso existam informações sobre crimes que não estavam descritos em catálogo, então os mesmos são objecto de proibição de valoração, onde “a fronteira entre a valoração e a não valoração dos conhecimentos fortuitos reside no elenco legal dos delitos do § 100 a) do StPO” (Aguilar, F., 2004: p. 32).

Ainda referente às decisões do STF, FRANCISCO AGUILAR esclarece dois aspectos importantes. No primeiro aspecto, um conhecimento fortuito que esteja explanado num dos crimes do § 100 a) do StPO “poderá ser valorado mesmo quando a suspeição do delito catalogar, que esteve na origem da ordem judicial, não seja ulteriormente confirmada” (Aguilar, F., 2004: p. 33). Como segundo aspecto, entende-se que a valoração de informações adversas que possam surgir na investigação de uma acção do § 100 a) da StPO, não apresenta qualquer obstáculo se a responsabilidade do crime for de encontro a um terceiro. Assim, podem ser valorados “os conhecimentos

⁹⁷ Cfr. Aguilar, F., 2004: p. 29.

⁹⁸ BGH – Bundesgerichtshof.

⁹⁹ Cfr. Andrade, M., C., 2006: p. 307.



fortuitos incriminadores de uma terceira pessoa desde que, naturalmente, esteja em causa também quanto a si a prática de um delito de catálogo” (Aguilar, F., 2004: p. 34).

Todavia, na decisão de 30 de Agosto de 1978 do STF, este entendeu não ser necessário para a admissibilidade que as informações adversas estejam em conexão com um crime de catálogo para serem valorados, “ou seja, a conexão pode reportar-se à mesma acção ou a outra qualquer elencadas no catálogo legal” (Aguilar, F., 2004: p. 32).

Através desta decisão, existe aqui uma contradição do próprio STF, uma vez que primeiramente decreta a proibição da valoração dos *Zufallsfunde* que não respeitem aos crimes que constem na criminalidade de catálogo e, em seguida, restringe este preceito através do conceito de conexão, podendo assim valorar os conhecimentos adversos que não legitimem a execução de uma escuta telefónica.

Summo rigore, a decisão do STF vem possibilitar a valoração não apenas no âmbito dos conhecimentos fortuitos pertencentes a acções de catálogo, mas também a todos os conhecimentos análogos, que mesmo não pertencendo a crimes de catálogo, revelem uma conexão com as acções catalogares, “podendo-se valorar conhecimentos – provas – de crimes que a priori não legitimam qualquer acção de interceptação de escuta telefónica através de uma alavanca legal” (Valente, M., G., 2006: p. 106).

Todavia, a 15 de Julho de 1992, através da aprovação da Lei de Combate ao Tráfico Ilegal de Estupefaciente e outras formas de criminalidade organizada, é alterado o inciso V do § 100 b) do StPO, onde se passa a admitir a valoração de conhecimentos casuais, em processos análogos, quando estes sejam necessários para esclarecer um dos delitos mencionados ao catálogo do § 100 a) do StPO¹⁰⁰.

Mais tarde, o STF, através da decisão de 18 de Março de 1998, afirmou que a valoração dos conhecimentos fortuitos só é admitida quanto aos delitos do § 100 a) do StPO¹⁰¹.

Indo de encontro à situação dos *Descubrimientos Ocasionales* em Espanha, foi

¹⁰⁰ Cfr. Aguilar, F., 2004: p. 47 e ss.

¹⁰¹ Segundo esta norma, o STF continua em defesa da valoração dos crimes que embora não constem no catálogo legal, estes estejam, em estreita referência com uma das acções que constam no § 100 a) do StPO, na linha fundamental e legitimatória de admissibilidade de uma escuta telefónica. Assim, e de acordo com GUEDES VALENTE, o STF “restringiu a sua posição dos conhecimentos fortuitos de crimes não catalogados em conexão com os crimes de catálogo” (Valente, M., G., 2006: p. 108).



pronunciado pelos Tribunais Superiores¹⁰² que no âmbito de uma investigação de um determinado crime, através da interceptação de uma escuta telefónica, são conhecidas informações adversas relativas a outro ilícito criminal que não o que legitimou a escuta deve ser imediatamente comunicado ao juiz que autorizou a diligência, de maneira a que a possível violação de direitos fundamentais cesse, e assim possa emitir nova ordem judicial, por se considerar que existe uma ingerência ilegítima. (Perez, F., A., apud Valente, M., G., 2006: p. 109).

Denota-se assim por parte da jurisprudência espanhola, um especial cuidado no que se refere à intromissão nos direitos fundamentais do cidadão sem qualquer tipo de autorização, delegando aos operadores judiciais uma comunicação imediata, sob os princípios de proporcionalidade e da autorização, podendo esta comunicação, de acordo com o juiz, dar início “ou a uma nova autorização ou ordem judicial ou ao início de uma nova investigação criminal” (Valente, M., G., 2006: p. 109).

Em Portugal a jurisprudência tem seguido as orientações alemãs no que concerne ao tratamento dos *Zufallsfunde* oriundos de uma escuta telefónica, daí que invocaremos alguns arestos sobre esta temática.

Desde logo, o acórdão do TRP de 11 de Janeiro de 1995, aderindo à posição tomada em 1976 pelo STF, assume que no âmbito de uma escuta telefónica, a valoração dos conhecimentos adversos é proibida, caso estes conhecimentos “não estejam em conexão com um «crime de catálogo», entendido este como o *numerus clausus* dos delitos em cuja instrução a lei adjectiva admite a possibilidade de utilização das escutas”. Neste acórdão é ainda salientado, que sendo as escutas telefónicas um meio de obtenção de prova que já por si apresenta danos aos direitos dos visados, é imperativo que se efectue “uma leitura restritiva” do art. 187.º do CPP¹⁰³, com vista a proibir a valoração dos *Zufallsfunde*¹⁰⁴.

A 23 de Outubro de 2002, o STJ veio pronunciar-se sobre este tema, efectuando, sob a linha de pensamento de MANUEL DA COSTA ANDRADE, a distinção entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação.

Este arresto vem ainda defender que a valoração dos conhecimentos fortuitos oriundos de escutas é válida se as interceptações telefónicas de onde provêm as

¹⁰² Tanto o Tribunal Constitucional como o Tribunal Supremo têm vindo a pronunciar-se sobre a matéria dos *descubrimientos ocasionales*.

¹⁰³ Sendo o art. que fixa as finalidades e os pressupostos de admissibilidade de uma escuta telefónica.

¹⁰⁴ Cfr. Rendeiro, V., E., S., 2009: p. 11.



informações adversas, tiverem obedecido aos requisitos de admissibilidade que consagra o art. 187.º do CPP. Serão ainda valorizadas as informações sobre a ocorrência de um ilícito criminal adverso, caso o crime também pertença aos crimes de catálogo que admitem a escuta telefónica. Uma vez a valoração destes novos conhecimentos sejam de especial interesse para a descoberta da verdade ou para a prova no processo onde estes conhecimentos são transferidos e por fim, se o visado tiver a possibilidade de realizar um controlo ou até contradizer os resultados que se obtiveram por via da diligência¹⁰⁵.

Posteriormente, o STJ foi novamente chamado a pronunciar-se¹⁰⁶ sobre a validade dos conhecimentos fortuitos obtidos no decorrer de uma investigação por tráfico de estupefacientes¹⁰⁷.

Desta forma, o STJ entendeu que os conhecimentos obtidos através das escutas são conhecimentos da investigação e não fortuitos, pois “se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua autorização”. Seguindo este arresto, é ainda pronunciado que se o juiz fundamentou a diligência das escutas para apuramento da verdade, é considerado um absurdo caso “a referida autorização não valesse para certos actos individualizados consubstanciadores daquele tráfico só porque eles foram autonomizados num outro processo”. Ou seja, segundo o Acórdão de 16 de Dezembro de 2003, a autorização para a realização da escuta telefónica não abarca todos os conhecimentos obtidos, admitindo que todos se tratam de conhecimentos da investigação, visto provirem da investigação em curso.

Mais recentemente, em 11 de Outubro de 2007, o Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) manifestou-se sobre esta temática, sustentando que no decorrer de uma escuta telefónica com suspeita de crime de falsificação de documentos e furto de veículos, todos os conhecimentos relativos a tráfico de estupefacientes são relevantes, pois tratam-se de conhecimentos fortuitos, tendo sido objecto de investigação num novo processo com os mesmos suspeitos. O TRL considerou novas informações como

¹⁰⁵ Cfr. Acórdão do STJ de 23 de Outubro de 2002.

¹⁰⁶ Acórdão do STJ de 16 de Dezembro de 2003.

¹⁰⁷ Os conhecimentos análogos que aqui se mencionam, reportam-se a uma investigação através de escutas telefónicas, onde foi possível a detenção em flagrante delito pelo crime de tráfico de estupefacientes, tanto do visado como de outros sujeitos, onde estes conhecimentos foram autonomizados do processo de origem e transportados para um processo autónomo onde se poderam apurar as transacções de droga, que culminam nas detenções em flagrante delito.



Zufallsfunde, uma vez que são notícias de crimes diversos daqueles que fundamentarem a realização do meio de obtenção de prova¹⁰⁸.

3.1.4 DO EFEITO-À-DISTÂNCIA

Continuando na senda dos conhecimentos fortuitos e às várias interrogações que surgem em seu redor, entende-se que a abordagem à temática do efeito-à-distância, é indispensável.

Desde logo, é exposto que o efeito-à-distância – *Fernwirkung* – resulta da violação de uma proibição de prova, ou seja, apresentando-se assim “perante o resultado indirecto de um meio, método ou tema de prova ilegal” (Alexandre, I., cit. por Aguilar, F., 2004: p. 25), o que no fundo se caracteriza pela “possibilidade de valoração do material probatório obtido por intermédio de uma violação de uma proibição de prova.” (Leite, A., L., 2007: p. 39). A teoria mencionada foi cunhada, em especial nos Estados Unidos da América que primeiramente a autonomizou e desenvolveu, de *fruits of the poisonous tree doctrine*, discutindo-se em seu redor a “maximização do alcance da proibição de valoração, por via de regra extensiva também ao meio de prova secundário” (Andrade, M., C., 2001: p. 62).

MANUEL DA COSTA ANDRADE simplifica a natureza do efeito-à-distância através de um exemplo bastante elucidativo: o suspeito A é acusado do crime de homicídio voluntário. Através de tortura e coacção acaba por confessar o crime. Através da confissão do arguido é possível a localização do cadáver da vítima, assim como dos instrumentos que foram utilizados no ilícito. É então questionado: “a proibição de valoração que impende sobre a confissão precludirá igualmente a valoração da localização do cadáver e dos instrumentos do crime?” (Andrade, M., C., 2006: p. 61).

Sobre o direito alemão, vários autores desenvolveram teorias que negam o efeito-à-distância¹⁰⁹, visto que entendem que “o processo penal não pode desenvolver-se como se os meios de prova mediatos pura e simplesmente não existissem”. (Meyer cit. por Andrade, M., C., 2006: p. 173), indo assim também de encontro ao que profere MANUEL DA COSTA ANDRADE quando dispõe que o afastamento do efeito-à-distância não pode demonstrar-se que, sem a violação da lei, a Polícia não teria

¹⁰⁸ Cfr. Rendeiro, V., E., S., 2009: p. 13.

¹⁰⁹ Referente a autores mencionados por MANUEL DA COSTA ANDRADE como, Schafer, Meyer, Petry, Baumans, Kleinknecht.



descoberto as testemunhas¹¹⁰.

Contudo, outros autores alemães, como WOLTER, defendem o efeito-à-distância “sempre que a valoração das provas secundárias se revelar desnecessária, por existir alternativa menos onerosa” (Valente, M., G., 2006: p. 87).

Quanto ao efeito-à-distância no contexto dos conhecimentos fortuitos, recua-se à decisão do STF de 22 de Fevereiro de 1978, onde foi decidido que não era de valorar as provas secundárias que adviessem de conhecimentos adversos que não se reportassem a um crime de catálogo¹¹¹.

No que se refere à doutrina germânica, destacam-se RIESS e WELP. Quanto ao primeiro autor, este admite o efeito-à-distância, mas menciona que o uso dos *Zufallsfunde* como catalisador de uma investigação, de um processo análogo, acarreta várias interrogações, argumentando que os conhecimentos que se obtêm fortuitamente, neste caso, não podem servir como fundamentação à aplicação de qualquer meio de obtenção de prova¹¹². Já o segundo autor afasta qualquer efeito-à-distância no que se refere a “declaração de testemunhas identificadas através de escuta telefónica que produza o conhecimento fortuito” (Valente, M., G., 2006: p. 126).

No caso português, evidencia-se a posição de MANUEL DA COSTA ANDRADE, que admitindo afastar o efeito-à-distância apenas quando tal seja forçado, devido a “razões atinentes ao nexo de causalidade ou de «imputação objectiva» entre a violação da proibição de produção de prova e a prova secundária” (Andrade, M., C., 2006: p. 316).

3.1.5 DA VALORAÇÃO DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS

Já foi analisada a posição jurisprudencial relativamente aos conhecimentos fortuitos. No entanto, deve-se agora mencionar as posições que a doutrina tem assumido na resolução das informações análogas, seja a nível nacional como na doutrina alemã ou espanhola.

Desde logo, é de referir que as resoluções que a doutrina tem revelado ao longo dos últimos quase quarenta anos, desde a primeira pronúncia sobre os *Zufallsfunde*, apresenta essencialmente três posições, as quais irão se desenvolvidas individualmente.

¹¹⁰ Cfr. JZ *apud* Andrade, M., C., 2006: p.316.

¹¹¹ Cfr. Valente, M., G., 2006: p.125.

¹¹² Cfr. Valente, M., G., 2006: p.126.



Alude-se à recusa total de valoração, à valoração absoluta e à valoração condicional dos conhecimentos fortuitos.

3.1.6 DA RECUSA TOTAL DE VALORAÇÃO

Quanto à recusa total de valoração dos conhecimentos fortuitos, esta posição encontra algum apoio por parte da doutrina. São autores como FRANCISCO AGUILAR, JOSÉ MIGUEL JÚDICE, DAMIÃO DA CUNHA e PRITTWITZ. Desde logo, FRANCISCO AGUILAR segue a linha de pensamento de PRITTWITZ, defendendo que não havendo uma tipificação clara na lei sobre a possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos, constatando-se assim a presença de uma proibição de prova, em resultado do n.º 8 do art.º 32.º da CRP¹¹³.

Ainda na esteira do autor, este sustenta que a legitimidade e admissibilidade que envolve a possibilidade de se realizar uma escuta telefónica, “esgota-se na obtenção de conhecimentos relativos à investigação que originou a escuta” (Aguilar, F., 2003: p. 77). Desta forma, é entendido que FRANCISCO AGUILAR pretende circunscrever a admissibilidade de informações, considerando apenas as que se cingem ao crime que legitimou a escuta, pretendendo que exista, como refere STORMER, “uma afectação da valoração dos conhecimentos ao propósito da norma concreta” (Stormer *apud* Aguilar, F., 2003: p. 77).

Sendo as escutas telefónicas um meio de obtenção de prova que ofende o cidadão nos seus direitos, nomeadamente o direito à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e o sigilo das telecomunicações, os quesitos que envolvem este meio de obtenção de prova extremamente doloso para o cidadão deve ter tipificação legal quanto à valoração de todas as informações que advenham de uma intercepção de comunicações, o que para FRANCISCO AGUILAR apenas se encontra materializado quanto à valoração dos conhecimentos da investigação e não os conhecimentos fortuitos. Na esteira deste autor, a inexistência de um preceito em lei processual que admite expressamente a valoração dos conhecimentos fortuitos leva a que toda a valoração de conhecimentos adversos ao crime que fundamentou a escuta deva ser considerada ilegal sob o princípio da reserva de lei.

¹¹³ Com a entrada do novo CPP através da Lei 48/2007, o novo n.º 7 do art. 187.º vem estabelecer o modo de como se trata a utilização dos conhecimentos fortuitos, daí que a opinião de FRANCISCO AGUILAR encontra-se desajustada.



Também DAMIÃO DA CUNHA, em acta própria da Unidade de Missão para a Reforma Penal, manifestou a sua discórdia relativamente à utilização dos *Zufallsfunde* como meio de prova, pois entende que o mesmo podem padecer de inconstitucionalidade, visto não terem sido precedidos de despacho fundamentado da escuta telefónica¹¹⁴.

Em virtude de serem detectadas informações relevantes do ponto de vista processual, as mesmas não poderão abranger a valoração dos restantes conhecimentos, pois recaem fora do âmbito do tratamento jurídico dos conhecimentos da investigação.¹¹⁵ De facto, anteriormente à entrada em vigor da Lei 48/2007, não existia no ordenamento jurídico português um preceito que permitisse a valoração dos conhecimentos fortuitos, de tal forma que para que esta valoração fosse possível era necessário realizar uma interpretação extensiva do art. 187.º.

Quanto à proibição total da valoração das informações adversas. São afastadas as posições aqui apresentadas. No entanto, e em sintonia com FRANCISCO AGUILAR, é entendido que as normas que restringem direitos fundamentais, como é o caso das escutas telefónicas, apenas podem ser entendidas e aplicadas limitadamente¹¹⁶, pois “as leis restritivas devem ser interpretadas, senão restritivamente, pelo menos sem recurso à interpretação extensiva e à analogia” (Miranda, J., *cit.* por Aguilar, F., 2003: p. 79-80).

Ainda antes da reforma processual penal, JOSÉ MIGUEL JÚDICE, defendeu que a matéria de conhecimentos fortuitos não se insere na realização das escutas telefónicas, afirmando que em revisão processual, a questão dos conhecimentos fortuitos deveria ser clarificada, nomeadamente tipificando a inadmissibilidade de utilização dos mesmos numa escuta telefónica legalmente autorizada¹¹⁷.

Voltando à posição defendida por FRANCISCO AGUILAR, este entende que se é fundamentada a execução de uma escuta telefónica, os meios de prova que se pretendem, abrangem apenas os conhecimentos da investigação, logo a valoração de qualquer informação que provenha de uma interceptação de comunicação legal apenas abrange o contexto dos conhecimentos da investigação, uma vez que “só em relação à investigação do caso em concreto se formula o juízo de idoneidade e subsidiariedade

¹¹⁴ Cfr. Acta 18 da Unidade de Missão para a Reforma Penal – Ano 2007

¹¹⁵ Cfr. Aguilar, F., 2003: p. 78.

¹¹⁶ Cfr. Aguilar, F., 2003: p. 79 e ss.

¹¹⁷ Cfr. Júdice, J., M., apud Valente, M., G., 2006: p. 124.



que constitui o crivo da admissibilidade da escuta” (Aguilar, F., 2003: p. 77). Assim, caso sejam detectadas informações análogas ao crime de investigação, as mesmas ficam de fora do âmbito normativo do art. 187.º do CPP. Sendo assim, para FRANCISCO AGUILAR, os *Zufallsfunde* não apresentam uma sustentação normativa que permita a valoração¹¹⁸, apenas admitindo a valoração nos casos de conhecimentos da investigação, pois apenas estes são a génese que se pretendeu recolher através da escuta telefónica¹¹⁹.

A revisão do CPP em 2007, vem de encontro às teses de proibição total de valoração dos conhecimentos fortuitos, defendidas por PRITTWITZ, FRANCISCO AGUILAR ou JOSÉ MIGUEL JÚDICE, visto que a essência da contradição apresentada face à valoração dos *Zufallsfunde* era fundada na inexistência da materialização legal sobre os conhecimentos análogos à investigação. Todavia, a inserção do n.º 7 do art. 187.º vem corresponder ao respeito pelo princípio da reserva de lei, que deve sempre nortear um Estado de Direito Democrático.

3.1.7 DA VALORAÇÃO ABSOLUTA

Em completa oposição às teorias anteriormente apresentadas surge a posição da valoração absoluta das informações adversas, posição esta que não terá em Portugal seguidores, mas que no direito alemão é fundamentalmente defendida por SCHUNEMANN. A tese de SCHUNEMANN direcciona-se na valoração absoluta dos conhecimentos fortuitos, mas estes têm de surgir da realização de escutas telefónicas lícitas. Ou seja, para o autor, todos os conhecimentos são passíveis de ser valorados, independentemente da natureza do crime, desde que provenham de uma intercepção telefónica que tenha cumprido todos os pressupostos legais à sua realização¹²⁰.

Perante esta posição, percebe-se que para o autor a problemática dos *Zufallsfunde* não se encontra na possibilidade ou não dos mesmos serem valorados, isto é, a questão fundamental não se encontra na valoração da prova, mas sim na produção da prova. Para SCHUNEMANN, não existe qualquer contrariedade em valorar qualquer meio de prova que tenha sido lícitamente produzido, pois se existe licitude na produção da prova, então não poderá existir ilicitude na sua valoração¹²¹.

Entende-se que a posição de valoração absoluta dos conhecimentos adversos

¹¹⁸ Cfr. Aguilar, F., 2003: p. 76 e ss.

¹¹⁹ Cfr. Valente, M., G., 2006: p. 125.

¹²⁰ Cfr. Afonso, D., C., 2007: p. 14.

¹²¹ Cfr. Andrade, M., C., 2001: p. 376 e p. 403, e Valente, M., G., 2006: p. 116.



não deve ser seguida, uma vez que apenas deve ser relevado a produção de prova, podendo, como GUEDES VALENTE e FRANCISCO AGUILAR entendem, estar a “mascarar” o contexto das investigações, apresentando recursos legais à utilização de uma escuta para proceder à investigação de delitos que não se encontrariam no âmbito deste tipo de diligência¹²², ou seja, todos os crimes que não poderiam ser investigados por método de escutas telefónicas, não pertencendo ao regime do catálogo, podendo assim sê-lo, o que contribuiria para um processo penal desintegrado da sua génese de legalidade e justiça.

3.1.8 DA VALORAÇÃO CONDICIONAL

É iniciada uma caminhada sobre a posição que mais apoiantes tem revelado, seja da parte da jurisprudência como da doutrina, admitindo a valoração dos conhecimentos fortuitos em processos autónomos, provenientes de escutas telefónicas de âmbito lícito, ou seja, respeitando todas as admissibilidades das operações deste meio de obtenção de prova.

A primeira análise destina-se à valoração das informações adversas que correspondam ou estejam em conexão com um crime de catálogo. Quanto a este preceito, como já foi referido anteriormente, o STF admitiu a valoração dos conhecimentos fortuitos, desde que os mesmos dissessem respeito a um crime que fosse passível de fundamentar a execução de uma escuta telefónica¹²³. O que para MANUEL DA COSTA ANDRADE “viria a converter-se num dos tópicos mais pacíficos entre os tribunais e os autores e, nessa medida, numa como que exigência mínima do regime processual penal dos conhecimentos fortuitos” (Andrade, M., C., 2006: p. 403).

Como mencionado previamente, a natureza catalogar das informações recolhidas fortuitamente apresentava-se como primordial para que pudesse existir a valoração, exigindo assim um critério de proporcionalidade na violação dos direitos fundamentais do visado.

A fundamentação mínima que tanto a jurisprudência alemã e portuguesa como a doutrina exigem para que as informações que se obtêm fortuitamente sejam valoradas, traduz-se em que estas terão de corresponder a uma crime tipificado, sendo este um

¹²² Cfr. Valente, M., G., 2006: p.116 e Aguilar, F., 2003: p. 42.

¹²³ Cfr. Afonso, D., C., 2007: p. 17.



quesito defendido por ROXIN, SCHRODER ou MEYER¹²⁴ na doutrina alemã, e MANUEL DA COSTA ANDRADE, GUEDES VALENTE ou ANDRÉ LAMAS LEITE na doutrina portuguesa, posições estas com a qual se está de acordo.

No ordenamento jurídico nacional, como já referimos anteriormente, a valoração das informações adversas apenas surgiu através da Lei 48/2007, com o novo n.º 7 do art. 187.º do CPP, que dispõe o tratamento a ser dado caso surjam nas escutas telefónicas, informações análogas às que se pretendem recolher.

Desta forma, o regime do n.º 7 do art. 187.º do CPP trata a necessidade de existir um crime de catálogo para que os *Zufallsfunde* possam ser valorados, enaltecendo assim a condição das informações análogas.

É ainda necessário que as informações adversas que surjam sejam relativas a um crime que permita a aplicação do meio de obtenção de prova, ou seja, que seja um dos ilícitos estipulados no catálogo de crimes do n.º 1¹²⁵. Mais, a possibilidade de validação de informação adversas, apenas se torna admissível no âmbito dos sujeitos prescritos no n.º 4 do art.º 187.º do CPP, havendo assim uma preocupação do legislador em delimitar as pessoas a quem se pode ressaltar informações que se relacionem com outro crime. Por fim, é relevante salientar que a valoração dos conhecimentos fortuitos deve preencher em requisito da necessidade e interesse para a prova e/ou para a descoberta da verdade na prossecução do processo para onde são transportados, não podendo a valoração dos *Zufallsfunde* ser efectuada acriticamente.

Quanto ao interesse dos conhecimentos adversos para a descoberta da verdade, sobretudo no contexto da valoração dos mesmos num processo de investigação, deve-se sempre considerar “o juízo de proporcionalidade a que o regime das escutas telefónicas presta homenagem” (Andrade, M., C., 2001: p. 406).

O juízo de proporcionalidade que MANUEL DA COSTA ANDRADE atende, não deve apenas coordenar o âmbito das escutas telefónicas, mas também a cuidada observação sobre os conhecimentos fortuitos e sua valoração.

O princípio da proporcionalidade é um dos princípios que devem nortear a

¹²⁴ Cfr. Andrade, M., C., 1991: p. 405 e Aguilar, F., 2003: p. 42.

¹²⁵ Sobre este assunto, Lamas Leite considera que estes quesitos são uma necessidade adicional para se conseguir a protecção dos direitos dos cidadãos que são interferidos pelas escutas telefónicas. Deste modo, a exigência de uma crime de catálogo assegurem “dentro das margens de uma concordância prática, que as instâncias formais de controlo não farão um uso dos «conhecimentos fortuitos», que permita uma espécie de fraude ao próprio regime deste meio de obtenção de prova” (Leite, A., L., 2007: p. 41).



actuação dos OPC, mas que no concerne à valoração dos *Zufallsfunde* deve ser constantemente apreciado^{126 127}.

Como entende RUDOLPHI, o legislador ao ter consagrado este princípio constitucional, impõe que o mesmo não poderá apenas valer para a autorização da escuta, “mas também e na mesma medida para a valoração das conversações que a utilização legal de uma escuta telefónica permitiu registar no gravador” (Rudolphi *cit.* por Andrade, M., C., 2001: p. 406).

O que é pretendido esclarecer é que a valoração das informações análogas não pode ser utilizada comumente, não podendo estes conhecimentos ser utilizados sem que exista adequação e proporcionalidade no intuito da obtenção de prova, “face à possível lesão de direitos, liberdades e garantias do cidadão” (Valente, M., G., 2009: p. 145).

A proporcionalidade que aqui é invocada face à valoração dos conhecimentos fortuitos está directamente ligada com a protecção dos direitos fundamentais do cidadão¹²⁸. Assim, considera-se que sendo as escutas um meio de obtenção de prova extremamente abusivo quanto aos direitos dos cidadãos, os conhecimentos adversos acompanham esta danosidade, daí que é defendida apenas a admissibilidade dos mesmos quando se referem a ilícitos catalogares, havendo assim um nexo de proporcionalidade para a descoberta da verdade,¹²⁹ e perfazendo assim “a valoração dos conhecimentos fortuitos a juízo hipotético de intromissão, fazendo incidir sobre eles aquela ideia de «estado de necessidade investigatório»” (Andrade, M., C., *cit.* por Valente, M., G., 2006: p. 118).

A complexidade dos conhecimentos fortuitos releva-se quando são obtidos conhecimentos sobre um crime não catalogado, podendo assim surgir várias interrogações quanto ao seu tratamento.

Deste modo, e seguindo o entendimento do STF¹³⁰, é possível proceder à valoração mesmo quanto a crimes que não sejam de catálogo, quando os mesmos constituem a finalidade de associação criminosa, “crimes geradores de enorme alarme social e uma certa «histeria» ou psicose de insegurança” (Valente, M., G., 2006: p. 118).

¹²⁶ Este princípio encontra-se tipificado do n.º 2 do art. 18.º da CRP.

¹²⁷ Cfr. Afonso, D., C., 2007: p. 21 e ss.

¹²⁸ Cfr. Afonso, D., C., 2007: p. 18.

¹²⁹ Sendo estes novos conhecimentos avaliados pelo JIC, tendo em conta a necessidade ou não de validar a prova, devendo esta ponderação basear-se na proporcionalidade e necessidade.

¹³⁰ Decisão do STF de 30 de Agosto de 1978.



De facto, são referidos crimes que despontam uma enorme necessidade preventiva e criam no seio das populações bastante preocupação. Porém, alude-se que a essência do que é associação criminosa deve ser bem esclarecida, para que não exista a tentação de encarar alguns crimes extra catalogares como associação criminosa, apenas com o intuito de valorar as informações adicionais num determinado processo. O que leva a este pensamento é a possibilidade de as AJ recorrerem à estipulação de associação criminosa para que exista a possibilidade de investigar alguns crimes que não se encontram no regime de catálogo legal, o que no entender de ROXIN, se estaria a “induzir o expediente fácil de invocação de um crime de associação criminosa, apenas com o propósito de, em contravenção da intencionalidade da lei, estender as escutas telefónicas a crimes a que a medida não podemos pura e simplesmente, aplicar-se” (Roxin *apud* Andrade, M., C., 1991: p. 407).

Segue-se o pensamento de MANUEL DA COSTA ANDRADE quando entende que em casos do crime de associação criminosa, e não podendo provar a existência de associação de crimes, apenas se devem valorar os conhecimentos fortuitos que estejam em conexão com a actividade de associação criminosa. Caso não se consiga atestar o crime de associação criminosa, o autor volta a seguir ROXIN, entendendo que apenas se poderá aceitar os *Zufallsfunde* que pertençam a crimes de catálogo¹³¹ ¹³². Também ANDRÉ LAMAS LEITE, reflecte quanto à necessidade de um «controlo apertado» quanto à valoração dos conhecimentos casuais extra catalogares e conexioneados com crimes de associação criminosa, para que os mesmos, “sob o manto respeitável de protecção face a essa criminalidade”, não sejam usados e valorados abusivamente, uma vez que se não constituíssem o crime de associação criminosa, não seriam admitidos em escuta telefónica legalmente realizada.

Deste modo, é acolhido que a valoração dos conhecimentos fortuitos apenas se deve restringir aos crimes de catálogo, excepto em casos de extrema complexidade criminal, como são os casos já referidos de associação criminosa. Como entende ANDRÉ LAMAS LEITE, a valoração de crimes fora do catálogo legal “implicaria um grave entorse do princípio da legalidade” (Leite, A., L., 2007: p. 41). No fundo, poderia

¹³¹ Cfr. Valente, M., G., 2006: p. 123-124.

¹³² Naturalmente, deverá notar-se que o entendimento aqui recenseado de MANUEL DA COSTA ANDRADE foi proferido anteriormente à Reforma Processual Penal de 2007. Desta forma, há que perceber que o actual regime das escutas telefónicas prevê a possibilidade de intercepções de comunicações quanto ao crime de associação criminosa.



estar-se a estender a possibilidade de aplicar as escutas telefónicas a crimes que o legislador entendeu não serem passíveis de utilização de instrumento de recolha de meios de prova, uma vez ponderada a inviolabilidade das comunicações e a descoberta da verdade¹³³.

Continuando esta abordagem pelos *Zufallsfunde*, cumpre ainda atender quanto à recolha de informações adversas relativas a terceiros e se as mesmas devem ou não ser valoradas.

Assim, no que concerne a esta parte, a maioria da doutrina acompanha a posição do STF¹³⁴, podendo ser valorados os conhecimentos adversos que digam respeito a um crime de catálogo ou de crime que esteja em conexão com um crime catalogar. Posição esta que LÓPEZ BARJA DE QUIROGA exclui por completo, pois considera que a utilização dos *Zufallsfunde* relativos a outros delitos da autoria de terceiros não é admissível¹³⁵.

Quanto a este assunto, o facto de ser possível recolher informação sobre o cometimento de um crime numa escuta telefónica legalmente realizada sobre pessoa que não esteja inserida no n.º 4 do art. 187.º do CPP deve merecer atenção no seu tratamento.

Primeiramente, entende-se que em acordo com o n.º 1 do art. 187.º, os conhecimentos sobre um ilícito criminal, praticado por terceiro, para serem valorados terão que incidir sobre os crimes de catálogo.

No entanto, quanto ao praticante do crime, embora a lei não o permita¹³⁶, é entendido que deveria existir um alargamento dos sujeitos a quem é possível valorar os conhecimentos fortuitos. Pois em caso de interceptação de informações adversas que não estejam no quadro das pessoas do n.º 4, os mesmos não podem ser considerados e posteriormente valorados. Assim, qual o tratamento jurídico a dar às informações que sem enquadrem no catálogo de crimes, mas cometidas por terceiros? É deste modo que se concorda que exista uma ponderação entre a violação dos direitos dos visados e a execução da justiça, sendo a investigação assegurada sob os pressupostos da concordância prática.

¹³³ Cfr. Leite, A., L., 2004: p 41.

¹³⁴ Referimos autores como GOSSEL, MAINWALD ou WELP. (Valente, M., G., 2006: p. 119 e ss).

¹³⁵ Cfr. Aguilar, F., 2006: p. 45, nota 151.

¹³⁶ A nossa opinião apresenta-se em colisão com o princípio da legalidade e da reserva de lei, ficando a sugestão para uma próxima revisão da lei processual penal.



3.2 Dos Conhecimentos Fortuitos nas Buscas Domiciliárias

A problemática dos conhecimentos fortuitos é frequente, mas quase sempre relacionada com as escutas telefónicas, uma vez que esta associação se deve primeiramente ao contexto histórico e posteriormente ao contexto jurídico. No entanto, é aqui levantada a possibilidade da existência dos *Zufallsfunde* em outros meios de obtenção de prova, nomeadamente na realização de buscas, mais incisivamente no contexto do domicílio.

O ponto de situação que é apresentado reflecte-se com a realização de buscas domiciliárias por parte dos OPC, em que no âmbito de uma investigação de um crime, surgem meios que se podem associar à realização de um ilícito diverso.

Assim, para um melhor entendimento sobre este tema demonstra-se o seguinte exemplo: no âmbito de uma investigação por tráfico de droga por parte de A, os OPC, por ordem da autoridade judiciária competente, realizam uma busca ao domicílio do visado onde encontram não só o produto estupefaciente, uma balança e quantias monetárias¹³⁷, assim como um caderno com vários nomes de pessoas que foram assassinadas. Ora se a busca ao domicílio era fundamentada pelo tráfico estupefaciente, o caderno encontrado abrange a tomada de conhecimento por parte dos OPC de um crime análogo, o que se leva a concluir que se está evidentemente perante um caso de conhecimentos fortuitos.

Pergunta-se: visto a realização da diligência ser orientada apenas para o crime que baseou a investigação, o tratamento a ser dado aos meios ou instrumentos que surgirem nas buscas domiciliárias, deverá ser semelhante aos meios de prova do crime em investigação, devendo estes novos objectos ser apreendidos cautelarmente. Poderão estes novos conhecimentos não ser relevados pelos OPC, desaproveitando assim instrumentos que podem ser relevantes para a descoberta da verdade de um crime que os elementos policiais tomaram conhecimento fortuitamente?

O que aqui se pretende demonstrar é a importância que se deve empregar aos objectos com que se os OPC se deparam na realização de uma busca domiciliária, podendo alguns ser meios de prova com extrema relevância para o apuramento da

¹³⁷ Meios de prova que se enquadram nos conhecimentos da investigação.



verdade material de factos que não estiverem na senda da realização da busca, mas que poderão ser meios extremamente necessários para que em julgamento de um processo, determinam a decisão de condenar ou absolver um indivíduo, uma vez que esta é uma das condições inalienáveis de um Estado de Direito Democrático¹³⁸.

Uma das primeiras aproximações do regime dos conhecimentos fortuitos no âmbito das buscas resulta do §108 do StPO, que permite a valoração dos conhecimentos análogos que sejam obtidos sobre um crime diverso, aquando a realização de uma busca, no exterior ou em domicílio¹³⁹.

A possibilidade de valorar todas as informações adversas que são adquiridas no contexto de uma busca, imposto pelo §108 do StPO, “radica na circunstância de este meio de obtenção de prova ser admissível em relação a qualquer crime” (Andrade, M., C., 2006: p. 278). O que na opinião da doutrina alemã reveste-se de economia processual, de maneira a afastar-se a realização de outras diligências que visassem a apreensão e posterior valoração dos *Zufallsfunde*, que evidentemente se constituem de especial importância na prossecução de uma investigação¹⁴⁰.

O que se entende por esta decisão é a não delimitação da problemática dos conhecimentos adversos apenas às escutas telefónicas, ou seja, embora a questão dos conhecimentos fortuitos tivesse surgido no âmbito das intercepções telefónicas, o surgimento de novos dados, novos conhecimentos sobre outros crimes, relevam em todos os outros meios de obtenção de prova, não sendo exclusividade das escutas telefónicas, podendo ser bastante frequente no contexto das buscas e com especial evidência no domicílio do visado, pois é onde normalmente este tem os utensílios que utiliza no cometimento dos crimes.

Nos termos do citado arresto, o que se pretende é salvaguardar os meios de prova que são obtidos adversamente através de uma busca, uma vez que tendo já existido autorização para entrar no domicílio do visado, caso sejam encontrados instrumentos que se interliguem com a prática de um crime, os mesmos deverão ser aproveitados. São pois imperativos de economia processual que o justificam, não havendo a necessidade de voltar a restringir os direitos do cidadão quando os meios de prova podem já ser recolhidos pelos OPC.

¹³⁸ Cfr. Moura, Souto apud. Valente, M., G., 2009: p. 314.

¹³⁹ Cfr. Andrade, M., C., 2006: p. 277.

¹⁴⁰ Cfr. Andrade, M., C., 2006: p. 278.



No que concerne à jurisprudência portuguesa, o TRL, em 13 de Setembro de 2007, foi chamado a pronunciar-se sobre a apreensão de objectos resultantes de uma busca domiciliária. Do referido acórdão ressalva-se o entendimento que no âmbito das buscas, o aparecimento de conhecimentos relacionados com um crime diverso não suscita tantas dúvidas como na realização de uma escuta telefónica. Segundo este acórdão, quando na execução de uma busca, os OPC podem proceder à apreensão de objectos que não se enquadrem com o crime que legitimou a busca, mas que se enquadrem na prática de um ilícito criminal.

Entende-se que a menção feita pelo TRL quanto aos conhecimentos fortuitos no âmbito das buscas não levanta tantas dúvidas como nas escutas telefónicas na medida em que no regime das buscas inexistente um catálogo de crimes¹⁴¹, assim como o regime empregue pelos operadores judiciários quanto às apreensões estar bastante explícito.

A posição demonstrada pelo referido acórdão, assenta no posicionamento da doutrina alemã, evocando que a apreensão de objectos que se relacionem com um crime adverso, prende-se com “razões de economia processual, de garantia da verdade material e de não adulteração dos meios de prova” que correspondem às apreensões efectuadas e possível valoração dos objectos que possam servir como meios de prova e que corporizam os *Zufallsfunde*¹⁴².

Ainda sobre a posição deste arresto, empreende-se que os OPC no decorrer de uma busca¹⁴³ devem apreender todos os objectos que se relacionem com conhecimentos adversos, visto esta apreensão revestir-se de um acto de polícia criminal que tem como objectivo a obtenção de meios que possam servir para a demonstração da realidade dos factos, mesmo que corresponda a crimes análogos, “protegendo portanto a realização do direito criminal, consubstanciando uma medida meramente cautelar”¹⁴⁴.

Deste modo, a posição do TRL é a de que as apreensões de objectos que não se enquadrem nos factos que se tinha conhecimento, são actos executados de forma lícita, executados segundo as normas legais para que possam produzir efeitos de prova e daí serem relevantes para a prossecução do processo.¹⁴⁵

Quanto à doutrina nacional, salienta-se as posições favoráveis de MANUEL DA

¹⁴¹ Com excepção das buscas domiciliárias nocturnas.

¹⁴² Cfr. Ac. TRL de 13-09-2007.

¹⁴³ Quando aqui mencionamos a busca, estamos também a nos referir à busca domiciliária.

¹⁴⁴ Cfr. Ac. TRL de 13-09-2007.

¹⁴⁵ *Ibidem*



COSTA ANDRADE, GERMANO MARQUES DA SILVA, MÁRIO MONTE e GUEDES VALENTE, que concordam com a possibilidade de surgirem conhecimentos fortuitos no contexto das buscas e sua possível valoração, seja no processo em investigação, como no transporte para um novo processo.

Em uma das suas obras, MANUEL DA COSTA ANDRADE demonstra que a problemática dos *Zufallsfunde* não é restrita das escutas telefônicas, admitindo que poderão surgir novos conhecimentos em outros meios de obtenção de prova, quer nas buscas, quer na apreensão de correspondência¹⁴⁶. A posição deste autor apresenta-se bastante linear sobre o domínio dos conhecimentos fortuitos nas buscas¹⁴⁷, considerando admissível a apreensão de todos os objectos que estejam relacionados com o novo crime.

Também GERMANO MARQUES DA SILVA partilha deste pensamento, admitindo que os *Zufallsfunde* não é exclusiva das escutas telefônicas, entendendo que em buscas domiciliárias, os meios que possam servir de prova devem ser apreendidos, mesmo que os mesmos não correspondam ao crime em investigação, uma vez que a busca é legal. Caso contrário, se a busca domiciliária tiver sido realizada abusivamente, os meios de prova que surgem da mesma e se reportam a um conhecimento fortuito não podem ser utilizados¹⁴⁸.

Ainda segundo GERMANO MARQUES DA SILVA, os OPC no decorrer da busca domiciliária tentam apreender os instrumentos do crime em investigação e encontram casualmente um objecto ou documento que indicia a prática de um crime público, devendo assim os elementos probatórios em causa serem apreendidos e transmitidos ao MP, sob o dever de comunicação¹⁴⁹ de todos os crimes que tenham conhecimento e acautelar todos os meios de prova^{150 151}.

Neste mesmo sentido, GUEDES VALENTE entende que no círculo dos meios de obtenção de prova, com excepção da apreensão de correspondência, quer sejam autorizadas pela AJ ou se revistam de medidas cautelares e de polícia, “os conhecimentos fortuitos não relevam, pois devem ser valorados como prova caso o acto

¹⁴⁶ Cfr. Andrade, M., C., 2006: p. 277.

¹⁴⁷ A posição do autor baseia-se na decisão do §108 da StPO alemã.

¹⁴⁸ Cfr. Silva, G., M., entrevista concedida sobre o tema em estudo a 24 de Março de 2010, expressa em anexo A.

¹⁴⁹ Art. 242º do CPP.

¹⁵⁰ Art. 249º do CPP.

¹⁵¹ Cfr. Silva, G., M., entrevista concedida sobre o tema em estudo a 24 de Março de 2010, expressa em anexo A



da AJ ou do OPC seja lícito” (Valente, M., G., 2006: p. 100)¹⁵². Segundo este autor, a interpretação que faz sobre os conhecimentos fortuitos no contexto das buscas domiciliárias não interfere com o princípio da interpretação restritiva das normas que restringem direitos, uma vez que as normas que prescrevem as buscas, incluindo em domicílio, se direccionam à descoberta de instrumentos que possam vir a servir de prova, pelo que uma vez que as buscas domiciliárias não têm um catálogo de crimes que admitem investigação por este meio de obtenção de prova, o autor admite a valoração dos conhecimentos fortuitos que sucedam numa busca¹⁵³.

Na senda de MÁRIO MONTE, este autor considera que é de admitir a possibilidade de surgir nas buscas ou em outros meios de obtenção de prova, enunciando que se deveria aplicar um regime, que tipificasse a valoração e proibição dos conhecimentos fortuitos, sendo este regime suportado por preceitos limitativos, de modo a responder ao regime legal e constitucional a que a valoração dos meios de prova estão subjacentes¹⁵⁴.

Contrariamente às posições aqui apresentadas surge a opinião de FRANCISCO AGUILAR que colide com o pensamento demonstrado pela lei alemã¹⁵⁵, e da posição que MANUEL DA COSTA ANDRADE defende sobre os conhecimentos adversos quanto às buscas. Deste modo, FRANCISCO AGUILAR entende que quanto às apreensões que um OPC pode fazer no decorrer de uma busca, o §108 do StPO surge mais esclarecedor do que o ordenamento jurídico português, uma vez que o §108 do StPO contempla a problemática dos *Zufallsfunde* na execução de uma busca, ao prever a apreensão de objectos que estejam relacionados com outro crime “e ao permitir a respectiva tomada de conhecimento por parte das autoridades de perseguição criminal” (Aguilar, F., 2003: p. 81). Mais, o autor defende que o preceito do art. 178.º do CPP não estabelece nenhum regime idêntico ao dos conhecimentos adversos, discordando assim da posição de MANUEL DA COSTA ANDRADE e reforçando que todos os instrumentos que possam ser encontrados numa busca não se tratam de conhecimentos

¹⁵² Sobre este assunto, Guedes Valente enuncia que caso seja requerida uma busca domiciliária com base no crime de burla, e no entanto durante a diligência são descobertas provas que correspondem ao crime de falsificação de documentos. Assim, na esteira do autor, estes meios de prova que correspondem ao crime de falsificação de documentos, apesar de não serem a base de fundamentação da busca domiciliária, “devem ser apreendidos e valorados como provas lícitas” (Valente, M., G., 2006: p. 100).

¹⁵³ Cfr. Valente, M., G., 2006: p. 101.

¹⁵⁴ Cfr. Monte, Mário, entrevista concedida sobre o tema em estudo a 12 de Abril de 2010, expressa em anexo B.

¹⁵⁵ Refere-se à posição do §108 da StPO no que concerne aos conhecimentos fortuitos em buscas.



fortuitos, mas sim de conhecimentos da investigação, devido a provirem de fundamentação legal para a investigação de um determinado crime e não abarcar a realização de outros ilícitos¹⁵⁶.

Quanto à posição demonstrada por FRANCISCO AGUILAR, é entendido que a mesma necessita de uma nota de esclarecimento, uma vez que se discorda com a posição do autor. Desde logo, porque é entendido que o regime dos meios de obtenção de prova apresenta-se esclarecedor quanto ao enquadramento legal que norteia a actividade de um OPC no decorrer de uma busca e consequentemente na respectiva apreensão de objectos relacionados com o crime. Daí que alude-se que mesmo existindo uma rectificação no ordenamento jurídico português quanto à tipificação dos conhecimentos fortuitos nas buscas, a mesma não traria alterações quanto aos procedimentos que os OPC apresentam na actualidade.. De outra forma, é considerado que o autor fez uma interpretação muito restritiva das apreensões em casos de conhecimentos fortuitos, isto porque apenas recorre ao art. 178º do CPP para frisar as apreensões de objectos que correspondam a conhecimentos fortuitos no decorrer de uma busca.

Em alusão a este desafio, no decorrer de uma busca, seja ou não domiciliária, caso exista notícia de outro crime que não se enquadre nos conhecimentos da investigação, o regime das apreensões desses objectos que correspondem aos *Zufallsfunde* são apreendidos como medida cautelar e de polícia, devido à urgência na recolha dos meios de prova, o que sem uma rápida intervenção dos OPC esses meios que podem ser essenciais para a prova poderiam se perder¹⁵⁷.

No entanto, existe uma importante consideração que deve ser abordada no que respeita à valoração dos conhecimentos fortuitos que provenham de busca domiciliária nocturna. Uma vez que a realização da busca domiciliária em período nocturno, ou seja, entre as 21 e as 7 horas, está conexcionada com um catálogo de crimes no âmbito do qual aquela pode ser realizada, entende-se que caso os OPC se deparem com conhecimentos análogos, os mesmos só podem ser valorados caso pertençam aos crimes previstos no n.º 2 do art. 177.º¹⁵⁸.

Desta forma, à semelhança do disposto quanto à valoração dos *Zufallsfunde* nas

¹⁵⁶ Cfr. Aguilar, F., 2003: p. 80 e ss.

¹⁵⁷ O fundamento legal das referidas apreensões resulta da conjugação da al. c) do n.º 2 do art. 249.º com o.º 4 do art. 178.º do CPP.

¹⁵⁸ Cfr. Afonso, D., C., 2007: p. 28.



escutas telefónicas, também no âmbito das buscas domiciliárias deverá existir um especial cuidado no tratamento destes novos conhecimentos, pois o legislador admitiu a busca em período nocturno apenas em casos muito específicos, isto é, em situações de criminalidade especialmente perigosa, tendo ainda exigido autorização da AJ, consentimento ou flagrante delito. Neste sentido, no que respeita à possibilidade valoração dos conhecimentos fortuitos na realização de busca domiciliária nocturna, defende-se a proibição de tal valoração quando os conhecimentos fortuitos não se enquadrem no regime referido.

A intromissão em domicílio apenas deve ser concedida quando os meios menos onerosos não se mostrem eficazes para a obtenção da prova. No entanto, a autorização para a intromissão em domicílio no período nocturno deve ainda ser mais restritiva, assim como o é a delimitação de crimes que o legislador concebeu para a realização da diligência em período de nocturno. A defesa da valoração dos *Zufallsfunde* não poderá ser absoluta quando os mesmos sejam obtidos em regime nocturno, uma vez que a concepção da diligência difere quanto ao regime diurno.

Não existindo restrições quanto aos conhecimentos análogos em regime diurno, no que respeita ao período nocturno é entendido que os OPC apenas devem apreender instrumentos ou materiais que preencham a esfera de crimes que possam fundamentar tal busca. Deste modo, é defendido que havendo a limitação de direitos do cidadão numa busca domiciliária nocturna, os conhecimentos análogos que dela provierem apenas deverão ser valorados caso se trate dos crimes mencionados na al. a) do n.º 2 do art. 177.º, assim se enquadrando o grau de indispensabilidade e necessidade desses novos conhecimentos para esclarecimento de um delito.¹⁵⁹

Outras das questões que se prende com os conhecimentos fortuitos no contexto das buscas domiciliárias é se os conhecimentos análogos se podem basear no princípio geral da prevenção criminal *stricto sensu*¹⁶⁰.

Sobre este ponto afasta-se desta posição, e apoiando-se em PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, isto porque a “competência para a prevenção criminal é distinta da competência cautelar”, uma vez que a actividade cautelar dos OPC é exercida com o

¹⁵⁹ Cfr. Valente, M., G., 2009: p. 599. Quanto a este assunto, GUEDES VALENTE apresenta uma analogia do tratamento dos conhecimentos fortuitos obtidos em escuta telefónica face a outros meios de obtenção de prova, como é o caso da busca domiciliária nocturna.

¹⁶⁰ É referido aqui a prevenção criminal *stricto sensu*, porque obviamente a investigação de crimes e respectivos métodos de investigação e recolha de material probatório estão sempre abrangidos na prevenção criminal *lato sensu*.



objectivo “à sua futura convalidação pela autoridade judiciária no âmbito de um processo e, portanto, deve obedecer aos princípios gerais do processo” (Albuquerque, P., P., 2008: p. 653). Acompanhando este autor, entende-se que o regime de prevenção criminal distingue-se dos actos cautelares que os elementos policiais podem exercer, uma vez que a actividade de prevenção criminal é uma actividade constante que pressupõe a acção dos OPC, já a competência cautelar abrange todos os actos que entram no regime processual penal, ou seja, são todos os actos que os OPC exercem por delegação do MP na pendência de um inquérito ou na delegação do JIC durante a fase de instrução. Estes actos são ainda abrangidos por todas as acções realizadas pelos elementos policiais numa fase pré-processual, distinguindo-se dos actos que não têm natureza cautelar e urgente e que não podem ser apreciados e valorados pela AJ competente, estes são os actos próprios de prevenção criminal que se afastam dos actos cautelares. Simplificando, todos os actos que se baseiam em acções previstas em regime processual penal inserem-se nos poderes que os OPC podem exercer, todas as restantes medidas que não se incluem neste regime apresentam-se como medidas que visam o regime geral de prevenção criminal¹⁶¹.

A posição que aqui se assume baseia-se no n.º 2 do art. 55.º do CPP o qual compete aos OPC “colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências”. Ora se no âmbito de uma busca domiciliária os elementos policiais tiverem notícia de um crime através de objectos materiais, estes devem apreender esses mesmos objectos, mesmo que não correspondam ao crime em investigação, assumindo assim a sua posição de órgão dotados de natureza cautelar, actos que se apresentam como “necessários e urgentes estão tipificados na lei e o seu uso tem de obedecer necessariamente à proporcionalidade do facto em si” (Valente, M., G., 2009: p. 276). O que aqui se pretende relevar, é que os OPC mesmo actuando sob a dependência funcional das AJ¹⁶², em momentos oportunos, como é o de se depararem com instrumentos que não se enquadram nos conhecimentos da investigação numa busca domiciliária, devem praticar actos próprios de operadores da justiça, legalmente admissíveis, pese embora sempre subordinados à apreciação e validação por parte da AJ competente¹⁶³.

¹⁶¹ Cfr. Albuquerque, P., P., 2008: p. 650.

¹⁶² Art. 56.º do CPP.

¹⁶³ Cfr. Rodrigues, A., M., apud. Valente, M., G., 2009: p. 277.



A não observância por parte dos elementos de policiais destes actos, quanto aos conhecimentos fortuitos, infringe o ónus da denúncia obrigatória a que estão sujeitos, quanto a todos os crimes que tenham conhecimento¹⁶⁴, o que se estende também no regime dos *Zufallsfunde*, visto que os OPC durante a busca têm conhecimento directo da prática de um crime.

A denúncia obrigatória que aqui se subscreve encontra expressão através da al. a) do n.º1 art. 242.º do CPP, uma vez que refere que as entidades policiais devem denunciar a prática de todos os crimes de que tomarem conhecimento.

A dimensão da denúncia obrigatória não abrange apenas os crimes públicos, pois em casos de crimes semi-públicos e particulares os OPC devem elaborar auto, pois nada “impede a prática de quaisquer actos urgentes de investigação necessários para assegurar a prova” (Albuquerque, P., P., 2008: p. 640). Assim, de acordo com o pensamento de GUEDES VALENTE, com o qual se concorda, entende-se que os OPC caso tenham notícia de um crime de natureza não pública, devem levantar auto de ocorrência, sob pena de os elementos probatórios serem perdidos^{165 166}.

A responsabilidade que incorre sobre os OPC na prossecução da justiça e descoberta da verdade, está ainda reforçada pela al. c) do n.º 2 do art. 249.º do CPP, tipificando a possibilidade de elementos policiais, “mesmo antes de receberem ordem da autoridade judiciária competente para procederem a investigações”, providenciarem actos que assegurem cautelarmente meios de prova em decurso de uma busca domiciliária, procedendo à apreensão, conservação ou manutenção dos instrumentos visados e posterior remissão à AJ competente para averiguação da diligência. No fundo, a urgência que se apela à conservação e/ou apreensão dos meios de prova e respectiva culpabilização de um sujeito, incide sobre a faculdade do juiz em decidir com fundamento da verdade com base em práticas legais “e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida” (Dias, F., cit. por Valente, M., G., 2009: p. 292).

Outro dos pontos que se deve esclarecer quanto aos conhecimentos fortuitos no âmbito de uma busca domiciliária prende-se com o regime das apreensões realizadas.

¹⁶⁴ Art. 242.º do CPP.

¹⁶⁵ Cfr. Valente, M., G., 2009: p. 283.

¹⁶⁶ Não obstante, mencionamos auto de ocorrência para situações que não é possível contactar com o titular do direito de queixa, caso contrário e este deseje formalizar o seu direito, então o elemento policial deve levantar auto de notícia.



As apreensões podem assumir duas naturezas, como meio de obtenção de prova ou medida preventiva e cautelar¹⁶⁷. Como meio de obtenção de prova¹⁶⁸ as apreensões decorrem de ordem ou autorização da AJ competente. Todavia, encara-se que em casos de conhecimentos fortuitos em buscas domiciliárias, se os objectos não se configuram com os conhecimentos da investigação, as apreensões realizadas revestem-se como medida cautelar e de polícia¹⁶⁹ uma vez que os OPC apreendem os objectos cautelarmente para serem posteriormente apreciados.

Caso um elemento policial se depare com instrumentos que não entrem na esfera dos conhecimentos da investigação, entende-se que os objectos devem ser apreendidos, apresentados e validados no decurso das setenta e duas horas seguintes, como estabelece o n.º 5 do art. 178.º do CPP¹⁷⁰.

Esta actividade cautelar deve ser descrita através de relatório. Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, este relatório deve ser minucioso, fazendo explícita descrição sobre a investigação e respectivos resultados, relatando os meios de prova recolhidos e quais os factos que se puderam apurar¹⁷¹.

Deste modo, entende-se que a aplicação dos conhecimentos fortuitos nas buscas domiciliárias encontra-se esclarecida, reconhecendo que os *Zufallsfunde* não são um tema exclusivo das intercepções telefónicas, uma vez que no domicílio do visado, as probabilidades de se poderem adquirir conhecimentos de um crime que não se enquadra com a investigação são constantes. Desta forma, os objectos sobre um crime que não entra nos conhecimentos da investigação, devem ser relevados, pois podem ser catalisadores para o início de uma investigação.

Como se analisou já, é manifesta a necessidade de adoptar duas perspectivas diferentes consoante os conhecimentos fortuitos em buscas domiciliárias tenham surgido no decorrer de uma busca diurna ou nocturna. Na busca domiciliária em período diurno não existe qualquer delimitação quanto à valoração dos *Zufallsfunde* com que os OPC se confrontem. Ao invés, em período nocturno parecem evidentes as limitações impostas legalmente, devendo ser apenas valorados os conhecimentos fortuitos com referência aos crimes prescritos na al. a) do n.º 2 do art. 177.º e caso esses novos

¹⁶⁷ Cfr. Valente, M., G., 2009: p. 427.

¹⁶⁸ Art. 178.º do CPP.

¹⁶⁹ Al. c) do n.º 2 do art. 249.º em conjugação com o n.º 4 do art. 178.º do CPP.

¹⁷⁰ Cfr. Valente, M., G., 2009: p. 430.

¹⁷¹ Cfr. Albuquerque, P., P., 2008: p. 653.



conhecimentos se revistam de especial importância e necessidade na descoberta da verdade.

O que se transmite é que os OPC devem sempre apreender todos os objectos que correspondam à prática de um crime e posteriormente dar conhecimento à AJ, que posteriormente poderá ser junto ao processo em investigação se assim o entender, podendo ainda ser extraídas certidões para que possa dar origem a um novo inquérito e assim iniciar-se uma investigação em função dos conhecimentos que se adquiriram fortuitamente.

Summo rigore, acompanha-se Mário Monte quando entende que o tratamento dos conhecimentos fortuitos, a partir do regime legal, merece uma atenção especial, que seguindo as orientações já aplicadas quanto ao regime das escutas telefónicas, e após cuidada reflexão sobre a possibilidade de encarar os conhecimentos fortuitos em outros meios de obtenção de prova.

Caso estes novos conhecimentos sejam tipificados na lei processual, seja quanto às buscas domiciliárias ou qualquer outro meio de obtenção de prova, é entendido que se deva identificar pormenorizadamente quais os crimes que possam ser abrangidos quanto aos conhecimentos fortuitos, ou seja, quais os ilícitos que sem despacho fundamentado de autorização podem ser envoltos nos *Zufallsfunde* e posteriormente valorados, igualmente suportados por rígidos critérios que não extraíssem o regime legal e as normas constitucionais que regem um Estado de Direito Democrático¹⁷².

¹⁷² Cfr. Monte, Mário, entrevista concedida sobre o tema em estudo a 12 de Abril de 2010, expressa em anexo B.



CONCLUSÃO

No que concerne à actuação dos OPC como órgãos executores da segurança e da repressão da criminalidade, a abordagem sobre os conhecimentos fortuitos deve estar bem delineada, uma vez que o tratamento a dar nos casos dos *Zufallsfunde* não pode suscitar dúvidas sob pena de se poderem perder meios de prova que podem ser cruciais para a decisão de um juiz num dado processo.

Assim, é depreendido que quer nas escutas telefónicas como nas buscas domiciliárias, o surgimento de uma notícia de um crime não implica necessariamente que se esteja perante uma situação de conhecimentos fortuitos, pois estes apenas se fundam quanto a factos que exorbitam o âmbito da investigação em curso, factos esses que não apresentam qualquer conexão com o objecto do processo. O surgimento de instrumentos que correspondem a um crime análogo, mas que estejam interligados com o crime que fundamentou a investigação, são conhecimentos que terão de ser tratados como conhecimentos da investigação e não como *Zufallsfunde*.

Em referência às dúvidas que possam surgir quanto ao regime de valoração ou proibição dos conhecimentos fortuitos na intercepções telefónicas, com a entrada em vigor da Lei 48/2007, as dúvidas e vozes que declaravam a nulidade de valoração dos *Zufallsfunde* nas escutas telefónicas ficaram dissipadas. De facto, as posições contrárias à valoração destes conhecimentos análogos, sob atentado ao princípio da reserva de lei, ficaram assim esclarecidas através de um explícito n.º 7 do art. 187.º do CPP.

Através da reforma processual penal de 2007, o n.º 7 do art. 187.º vem estabelecer o modo de tratamento jurídico que deve ser utilizado em casos de conhecimentos fortuitos, e com a qual se está de acordo, uma vez que a admissão destes conhecimentos só é admissível quando se cumpre o regime de catálogos que possam ser investigados através das escutas telefónicas.

Assim, concorda-se com a tipificação dos conhecimentos fortuitos no ordenamento jurídico português, admitindo que estes apenas podem advir de meio de obtenção de prova válido, e segundo os suspeitos enunciados no n.º 4 do art. 187.º do CPP.

Quanto ao surgimento de conhecimentos análogos em buscas domiciliárias, a resposta é também afirmativa quanto a este ponto. No decorrer de uma diligência em domicílio, é frequente os OPC depararem-se com objectos que não estão em conexão



com os conhecimentos da investigação, daí que os elementos policiais, revestidos de poderes de natureza cautelar devam actuar em conformidade para que esses meios que surgiram não se possam perder.

Na abordagem aos *Zufallsfunde* no contexto das buscas domiciliárias, foi pretensão demonstrar quais os actos que os OPC devem adoptar, para que os conhecimentos fortuitos não sejam apenas admitidos em escutas telefónicas, mas também em outros meios de obtenção de prova, incidindo no domicílio onde se efectuam as buscas. Contudo, em semelhança ao que foi estipulado pela Lei 48/2007 quanto aos conhecimentos fortuitos nas escutas telefónicas, é entendido que mesmo não sendo necessária previsão de um preceito próprio, é sugerido que em próxima reforma processual penal o legislador prescreva um preceito sobre o tratamento dos conhecimentos fortuitos de maneira a estes ficarem regulados, mas não só no âmbito das buscas, mas para todos os meios de obtenção de prova.

Aos elementos policiais, na realização da diligência e ao depararem-se com instrumentos de um crime, não lhe cabe tipificá-lo, mas sim, não menosprezando a ocasião, proceder a acções que possam ser fundamentais na prossecução do processo em investigação e na abertura de uma nova investigação, apreendendo os materiais do crime e comunicando a notícia do crime ao MP, para posteriormente serem apreciados e valorados pelo JIC, autoridade que legitimou a busca domiciliária.

Embora o regime dos *Zufallsfunde* não se encontre tipificado no ordenamento jurídico para as buscas, parece que a resposta é consensual entre a maioria da doutrina que se debruçaram sobre este tema e ainda aliada à actuação dos OPC.

Porém, quanto às buscas domiciliárias, conclui-se que a acção desenvolvida pelos OPC não pode ser passiva, mas sim dotada de imperativos cautelares que não se podem confundir com os gerais princípios da prevenção criminal.

As acções cautelares assumem assim uma posição de extrema importância, dotando os conhecimentos fortuitos como um meio que a ser valorado, constitui-se fundamental na descoberta da verdade, através da actuação dos OPC sob os princípios da legalidade, proporcionalidade, prossecução do interesse público e da justiça.

João Filipe Coelho Gíria

Aspirante a Oficial de Polícia



BIBLIOGRAFIA

AFONSO, Diogo Correia (2007), *O Regime dos Conhecimentos Fortuitos Provenientes de Escutas Telefónicas*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

AGUILAR, Francisco (2004), *Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefónicas*, Contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português, Coimbra, Almedina.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2008), *Comentário do Código Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa Editora.

ANDRADE, Manuel da Costa (1991), “*Sobre o Regime Legal das Escutas Telefónicas*”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* I, Tomo 3, Editorial Noticias, Lisboa.

-(2004), “O Regime Legal das Escutas Telefónicas”, I Congresso de Processo Penal, Coimbra, Almedina.

-(2006), *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora.

BECCARIA, Cesare (1998), *Dos Delitos e das Penas*, Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

BELEZA, Teresa Pizarro (1993), *Apontamentos de Direito Processual Penal*, II Volume, Lisboa, AAFDL.

CAETANO, Marcello (1999), *Manual de Direito Administrativo*, II Volume, 10.^a Edição, 6.^a reimp., Coimbra, Almedina.

CLEMENTE, Pedro (1998), *Da Polícia de Ordem Pública*, Lisboa, Governo Civil de Lisboa.

CORREIA, João Conde (1999), “Qual o Significado da Abusiva Intromissão na Vida Privada e nas Telecomunicações?”, *Revista do Ministério Público* n.º 79, Ano 20, Jul/Set, Lisboa.



CUNHA, Damião da (2006), “Da autonomia técnica e tática dos meios de obtenção de prova”, II Congresso de Processo Penal, Coimbra, Almedina.

DIAS, Manuel Domingos Antunes (2001), *Liberdade, Cidadania e Segurança*, Coimbra, Almedina.

DIAS, Mário Gomes (1994), “A Polícia face à Sociedade”, *Polícia Portuguesa*, n.º 90, Novembro Dezembro / 1994, Lisboa, PSP.

EIRAS, Henrique (2005), *Processo Penal Elementar*, 6.ª Edição, Lisboa, Quid Juris.

FARIA, Miguel (2001), *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*, I Volume, 3.ª Edição revista e ampliada, Lisboa, ISCPSI.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro (1986), *Curso de Processo Penal*, Volume I, Lisboa, Editora Danubio, Lisboa.

FERREIRA, Marques (1991), “*Meios de Prova*”, *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo código de processo penal*, Coimbra, Almedina.

GOMES, Canotilho/MOREIRA, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa* Anotada, Volume I, 4.ª Edição revista, Coimbra, Coimbra Editora.

GONÇALVES, Fernando/**ALVES**, Manuel João (2009), *A Prova do Crime, Meios Legais para a sua Obtenção*, Coimbra, Almedina.

JÚDICE, José Miguel (2003), “Escutas telefónicas: a tortura do Século XXI?”, Congresso da Justiça.

LEITE, André Lamas (2004), “As Escutas Telefónicas – Algumas Reflexões em Redor do seu Regime e das Consequências Processuais Derivadas da Respectiva Violação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora.

MARTINS, Luís Miguel Monteiro (2009), *Crime Organizado e Regime Jurídico das Buscas Domiciliárias*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Faculdade de Direitos da Universidade de Lisboa.

MATA-MOUROS (2003), Maria de Fátima, *Sob Escuta*, Cascais, Editora Principia.

MENDES, Paulo de Sousa (2003), “*As Proibições de Prova em Processo Penal*”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina.



OLIVEIRA, José Ferreira de (2006), *As Políticas de Segurança e os Modelos de Policiamento, A Emergência do Policiamento de Proximidade*, Coimbra, Almedina.

OLIVEIRA, Francisco da Costa (2008), *A Defesa e a Investigação do Crime*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina.

PINTO, Ana Luísa (2007), “As Buscas não domiciliárias no direito processual penal português”, *Revista do Ministério Público*, n.º 109.

RAPOSO, João (2006), *Direito Policial I*, Centro de Investigação do ISCPSI, Almedina.

RENDEIRO, Victor Emanuel Saraiva (2009), *A Criminalidade Organizada, As Escutas Telefónicas e os Conhecimentos Fortuitos*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Das Escutas Telefónicas: à obtenção de prova [em ambiente] digital*, Coimbra, Coimbra Editora.

SILVA, Germano Marques da (2000), *Curso de Processo Penal, I Volume*, 4.^a Edição, Editorial Verbo, Lisboa.

-(2000), *Curso de Processo Penal, II Volume*, 4.^a Edição, Editorial Verbo, Lisboa.

SOUSA, António Francisco de (1998), “*Actuação Policial e Princípio da Proporcionalidade*”, *Revista do Ministério Público*, Ano 19, Outubro/Dezembro, n.º 76, 1998;

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2005), *Revistas e Buscas*, 2.^a Edição revista e aumentada, Coimbra, Almedina.

-(2006), *Conhecimentos Fortuitos, A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, Coimbra, Almedina.

-(2008), *Escutas Telefónicas, Da excepionalidade à Vulgaridade*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina.

-(2009), *Processo Penal, Tomo I*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina.

-(2009), *Teoria Geral do Direito Policial, Tomo I*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina.



Jurisprudência

- Ac. STJ de 11 de Novembro de 1993, consultado em www.dgsi.pt/stj.nsf, no dia 28 de Janeiro de 2010.
- Ac. STJ de 26 de Novembro de 1993, consultado em www.dgsi.pt/jstj.nsf, no dia 28 de Janeiro de 2010.
- Ac. TRP de 11 de Janeiro de 1995, consultado em www.dgsi.pt/jtrp.nsf, no dia 28 de Janeiro de 2010.
- Ac. STJ de 08 de Fevereiro de 1995, consultado em www.dgsi.pt/jstj.nsf, no dia 28 de Janeiro de 2010.
- Ac. STJ de 23 de Outubro de 2002, consultado em www.dgsi.pt/jstj.nsf, no dia 29 de Janeiro de 2010.
- Ac. TRL de 13 de Setembro de 2007, consultado em www.dgsi.pt/jtrl.nsf, no dia 02 de Fevereiro de 2010.
- Ac. TRL de 11 de Outubro de 2007, consultado em www.dgsi.pt/jtrl.nsf, no dia 02 de Fevereiro de 2010.



ANEXOS

Anexo A

Entrevista ao Professor Catedrático Germano Marques da Silva

Realizada a 24 de Março de 2010



1. O que se deverá entender por conhecimentos fortuitos?

Conhecimentos fortuitos são os que não são objecto da busca. A busca tem sempre um objecto especificado no despacho que a determina. Se, não obstante, no decurso de uma busca legalmente ordenada forem encontrados casualmente elementos probatórios da prática de outro crime público, devem ser recolhidos esses elementos para que se proceda a inquérito. O OPC que proceda à busca obtém notícia de outro crime no exercício das suas funções e consequentemente deve denunciar o crime (art. 242º) e praticar os actos cautelares necessários para acautelar os meios de prova (art. 249º).

2. Existirão diferenças entre os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos da investigação?

A investigação tem um objecto delimitado pela notícia do crime. O conhecimento fortuito está para além desse objecto, dando origem a outro processo ou à ampliação do objecto inicial.

3. Qual poderá ser o valor probatório dos conhecimentos fortuitos?

- a. Considera que a sua produção/valoração poderá ser inconstitucional (visto tratar-se de meio de prova cuja obtenção não pressupõe despacho fundamentado de autorização)?**

Não. Não considero inconstitucional pelas razões apontadas na resposta anterior. As entidades policiais devem denunciar todos os crimes públicos de que tomarem conhecimento, como é o caso. A limitação teria de resultar da lei, o que não sucede. É no decurso de um acto legal (a busca legalmente ordenada) que o OPC toma conhecimento de indícios de outro crime.



4. Poderão os conhecimentos fortuitos fundar-se no geral princípio da prevenção criminal?

Certamente que pode, mas o seu fundamento assenta essencialmente no dever de denúncia e de providenciar cautelarmente pelas provas que é imposto por lei a todas as entidades policiais.

5. É elevada a danosidade pressuposta nos conhecimentos fortuitos face aos direitos do cidadão?

Não creio. É preciso é que o acto não seja abusivo por parte das entidades policiais, utilizando uma busca formalmente legal para procurar elementos indiciários de outro crime cuja busca não lhes seria permitida. Seria caso de abuso de direito, logo prova ilegal.

6. Deverão os conhecimentos ser valorados? Valoração total ou proibição total?

Entendo que os conhecimentos fortuitos, salvo expressa limitação da lei, podem ser valorados integralmente.

7. Os conhecimentos fortuitos relativos a crimes não incluídos no “catálogo” devem ser valorados?

Não entendo a que “catálogo” se refere. Se a busca for legal, a prova obtida fortuitamente é também legal. Se a busca for abusiva, a prova obtida fortuitamente é ilegal e consequentemente não deve ser utilizada.

8. Deverá admitir-se a utilização dos conhecimentos fortuitos, ainda que relativamente a crimes de catálogo, implicando a responsabilidade criminal de terceiros?

Sem qualquer limitação, salvo expressa disposição legal em contrário.



9. Deverão ser aceites conhecimentos fortuitos surgidos em outros meios de obtenção de prova que não as escutas telefónicas? Nomeadamente no âmbito de uma busca domiciliária?

No âmbito da busca domiciliária a resposta está dada anteriormente. No que respeita aos conhecimentos fortuitos obtidos no âmbito de escutas telefónicas, a questão é mais sensível, porque as escutas só são admissíveis para crimes de certa gravidade (os crimes de catálogo) e por isso os conhecimentos fortuitos só podem ser utilizados quando se trate de crimes também de catálogo. É a proporcionalidade do meio que está em causa.

10. Numa busca domiciliária é passível o surgimento de conhecimentos fortuitos?

Certamente que sim. Busca-se um documento ou um instrumento do crime e encontra-se casualmente um objecto ou documento que indicia a prática de outro crime público.

11. Quais os procedimentos que os OPC deverão adoptar quando se depararem com conhecimentos adversos no âmbito da realização de uma busca domiciliária?

A resposta está dada. Devem apreender os elementos probatórios em causa e transmiti-los ao MP. As entidades policiais tem o dever de denunciar todos os crimes de que tomarem conhecimento e acautelar os respectivos meios de prova (arts. 242º e 249º).



Anexo B

Entrevista ao Professor Doutor Mário Ferreira Monte

Realizada a 12 de Abril de 2010



1. O que se deverá entender por conhecimentos fortuitos?

Não é fácil uma definição de conhecimentos fortuitos sem termos uma referência ao direito positivo. Prescindindo dessa referência, diria que só por definição *a contrario*, relativamente aos conhecimentos de investigação, é que podemos chegar a uma definição daqueles. Assim, pode dizer-se – seguindo Autores como Costa Andrade e Guedes Valente – que os conhecimentos de investigação são os que se relacionam com os factos que estejam em *concurso ideal e aparente* com o crime do catálogo, mas, numa formulação mais simples e talvez mais empírica, serão aqueles que são objecto da investigação e para os quais terá havido autorização para a escuta. Serão, pois, conhecimentos fortuitos todos os demais, isto é, aqueles que não tenham aquela relação com os factos que estejam em *concurso ideal e aparente* com o crime do catálogo ou que, simplesmente, não tenham sido apresentados como objecto da investigação quando da motivação e autorização da escuta.

2. Existirão diferenças entre os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos da investigação?

Sim. A resposta está implicada na da alínea anterior.

3. Qual poderá ser o valor probatório dos conhecimentos fortuitos?

- a. **Considera que a sua produção/valoração poderá ser inconstitucional (visto tratar-se de meio de prova cuja obtenção não pressupõe despacho fundamentado de autorização)?**

Sobre esta questão há uma discussão intensa que resulta em posições diversas que basicamente apontam em dois caminhos: um, no de que são inconstitucionais porque efectivamente tal meio de prova terá sido alcançado através de um meio de obtenção não válido, havendo mesmo quem considere que devem ser proibidas; outro, que aponta para a sua admissibilidade. É também possível encontrar posições, tanto jurisprudenciais como doutrinárias, intermédias, ou seja, da admissibilidade mais ou menos restrita. Por exemplo, na Alemanha já se considerou a admissibilidade de valoração de todos os conhecimentos fortuitos, bem como a valoração apenas quando existe conexão entre os conhecimentos e um crime do catálogo. Há ainda quem distinga entre o crime do catálogo ser o mesmo que



é objecto da investigação de outro que não tenha motivado a investigação. Como vê, são diversas – só para citar alguns exemplos – as posições sobre o assunto.

Tendo em conta a *ratio essendi* das escutas telefónicas, a restrição de direitos fundamentais que provoca, uma admissibilidade absoluta de tais conhecimentos seria incompreensível. Seria, a meu ver, subverter o conjunto de pressupostos e de limites que, obedecendo ao artigo 18º da CRP, terão sido observados para admitir as escutas como meio de obtenção de prova intrusivo. Mas, uma inadmissibilidade absoluta seria igualmente incompreensível porque casos há que continuam a poder justificar-se à luz dos mesmos princípios que justificam a admissibilidade de tal meio quando falamos de conhecimentos de investigação. O ponto de Arquimedes não é fácil, mas parece poder suportar-se uma tese positiva que passe pela verificação de três critérios: a relação com o catálogo, como condição inultrapassável; a indispensabilidade desse meio de prova para a investigação de processo em curso ou a instaurar; a comunicação interceptada ser levada a cabo por certas pessoas que passam pelo arguido, pela vítima ou por pessoas que, no âmbito da actividade criminosa, se relacionam com o arguido. Pode, deste modo, dizer-se que a solução do artigo 187º, nº 7 do CPP, embora não seja totalmente satisfatória, cumpre no essencial estes critérios. Convém dizer que se torna fundamental, deste ponto de vista, ter um cuidado redobrado na definição do catálogo, porque esta admissibilidade, para não contender com o princípio constitucional da proporcionalidade, há-de justificar-se por razões de política-criminal sobejamente fundadas e que, na minha maneira de ver, hão-de justificar a excepionalidade de tal meio e de tal valoração.

4. Poderão os conhecimentos fortuitos fundar-se no geral princípio da prevenção criminal?

De certo modo sim, considerando, todavia, o que digo na parte final da resposta anterior.



5. É elevada a danosidade pressuposta nos conhecimentos fortuitos face aos direitos do cidadão?

Sem dúvida, como também o é nos conhecimentos de investigação. Por isso, as escutas não-de ser um meio excepcional de obtenção de prova, com maioria de razão quando os conhecimentos são fortuitos.

6. Deverão os conhecimentos ser valorados? Valoração total, valoração parcial ou proibição total?

A resposta está prejudicada pela resposta dada na pergunta nº 3.

7. Os conhecimentos fortuitos relativos a crimes não incluídos no “catálogo” devem ser valorados?

Creio que não. Seria subverter o regime das escutas telefónicas, com o perigo de se utilizar um meio legal para se obter provas para crimes que jamais teriam a possibilidade de serem investigados por essa via. Admitir isso seria o mesmo que admitir a vulgaridade das escutas, coisa que, como se sabe, seria inconstitucional e inadmissível, como refere Roxin.

8. Deverá admitir-se a utilização dos conhecimentos fortuitos, ainda que relativamente a crimes de catálogo, implicando a responsabilidade criminal de terceiros?

O que me parece relevante é o cumprimento de requisitos que já enunciei antes, na resposta nº 3, para se considerar admissível o meio de prova e, conseqüentemente, a sua valoração. Se, em seguida, nos deparmos com a circunstância de estarem envolvidas outras pessoas ou não, não me parece relevante para a admissibilidade desse meio.



9. Deverão ser aceites conhecimentos fortuitos surgidos em outros meios de obtenção de prova que não as escutas telefónicas? Nomeadamente no âmbito de uma busca domiciliária?

É bom de ver que o regime legal das buscas domiciliárias apresenta diferenças significativas relativamente ao das escutas – apesar de serem meios intrusivos, o das escutas assume contornos, pelo modo como se desenvolve e pelas consequências que pode ter, que podem implicar uma maior danosidade -, de tal sorte que não se pode estabelecer uma distinção tão marcada entre conhecimentos de investigação e fortuitos. Porém, consoante as situações – serem autorizadas ou ordenadas pelo juiz, pelo MP ou simplesmente efectuadas pelos OPC –, verificamos que os casos em causa não são inteiramente iguais – não só pelo período do dia em que verificam, mas também pelo tipo de crimes em causa. Nessa medida, com algum esforço, a partir do regime legal, é possível estabelecer uma construção discursiva que passe por algo próximo dos conhecimentos de investigação e fortuitos. Para isso é necessário identificar os crimes que estariam abrangidos pela admissibilidade da busca, pressuposto que deveria estar no despacho de autorização. Não parece fácil, contudo, chegarmos às mesmas conclusões que podemos chegar relativamente às escutas. Trata-se de assunto que carece de maior aprofundamento que não estou em condições de fazer agora. Mas, a poder-se admitir, nas buscas ou em outros meios de obtenção de prova, igualmente limitativos de direitos fundamentais, a existência de conhecimentos fortuitos, creio que se deveria aplicar um regime que, tal como nas escutas, permitisse a sua valoração em casos igualmente suportados por critérios apertados que não subvertessem a *ratio essendi* do regime legal e constitucional que está subjacente.

10. Numa busca domiciliária é passível o surgimento de conhecimentos fortuitos?

A resposta está prejudicada pela que dei anteriormente.



11. Quais os procedimentos que os OPC deverão adoptar quando se depararem com conhecimentos adversos no âmbito da realização de uma busca domiciliária?

No meu modo de ver, os OPC, actuando na dependência funcional do MP, como órgãos que auxiliam o MP na investigação criminal, devem dar conhecimento ao MP da existência de novos indícios de crimes, sejam eles emergentes de conhecimentos fortuitos ou não. Quando a escuta tiver sido ordenada ou autorizada pelo juiz, suposto é dar-lhe conhecimento. Em todo o caso, o MP tomará conhecimento para os devidos efeitos. Não devem, todavia, ser os OPC a decidir o que fazer a esses conhecimentos, porque essa é uma competência do MP, ainda que através do juiz que, em primeira mão, em certos casos, pode tomar conhecimento desses elementos.



Anexo C

Entrevista ao Subcomissário Nélson Ribeiro

Realizada a 01 de Abril de 2010



1. O que se deverá entender por conhecimentos fortuitos?

Conhecimentos fortuitos será tudo aquilo o que se toma conhecimento na investigação que não tem a ver com o objecto de investigação nem sequer pode ser enquadrado naqueles conhecimentos de investigação, ou seja, naqueles factos que estejam relacionados com a investigação principal.

2. Existirão diferenças entre os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos da investigação?

Os conhecimentos de investigação serão aqueles que não sendo objecto de investigação são conhecimentos que estarão relacionados com aquela unidade, tais conhecimentos que estão intimamente ligados aquele facto concreto, aquele objecto que esta a ser investigado isto no termo de conhecimentos de investigação. Os conhecimentos fortuitos são aqueles que não terão qualquer relação portanto nem sequer se podem enquadrar, nem sequer podem ligar aqueles. Os conhecimentos de investigação fazem parte de uma unidade processual, portanto ao longo de uma investigação descobrimos factos que embora não sejam objectos da nossa investigação, mas que podemos enquadrá-los e aqui podemos falar da conexão processual, são factos que de alguma forma podem estar ligados ou porque têm em comum o mesmo autor ou porque há co-autores ou porque são factos que a posteriori são descobertos, mas que estão relacionados com a nossa investigação. Os conhecimentos fortuitos são aqueles que não têm qualquer ligação que não são sequer enquadráveis nessa unidade processual, nessa unidade de investigação.

3. Qual poderá ser o valor probatório dos conhecimentos fortuitos?

a. Considera que a sua produção/valoração poderá ser inconstitucional (visto tratar-se de meio de prova cuja obtenção não pressupõe despacho fundamentado de autorização)?

O valor probatório, eu creio que eles não poderão ser valorados como meio de prova. Em algumas circunstâncias, se por exemplo estivermos a falar de conhecimentos fortuitos pelo caso de interceptações telefónicas, numa situação em que esses conhecimentos façam parte ou sejam relativos a um crime que integre o catalogo ainda



se pode enquadrar ou pelo menos aplicar o valor probatório. Nos casos em que nem sequer faça parte do catálogo o meu entendimento é que não.

4. Poderão os conhecimentos fortuitos fundar-se no geral princípio da prevenção criminal?

Se estivermos perante um crime, mesmo não sendo um crime do catálogo, entendo que visto já termos essa ferramenta, já termos tomado conhecimento, uma vez que os direitos do cidadão já foram violados, entendo que devemos utilizar os conhecimentos fortuitos, numa situação de prevenção quando a violação já existiu.

5. É elevada a danosidade pressuposta nos conhecimentos fortuitos face aos direitos do cidadão?

Não, uma vez que já estamos “autorizados” a essa danosidade. Quando o juiz autoriza uma interceptação telefónica fá-lo dentro de determinados pressupostos em que de facto de alguma forma está salvaguardada a questão da danosidade, portanto essa compressão dos direitos já está autorizada. Se a escuta foi autorizada com um fim, a violação já está consagrada, já está prevista, portanto qualquer que seja o resultado que vamos tirar desses conhecimentos fortuitos, eles já estavam esperados. Por exemplo para efeitos de prevenção criminal, num caso concreto, não me parece que aumente em nada a danosidade dos direitos fundamentais, que exista uma maior violação dos direitos fundamentais.

6. Deverão os conhecimentos ser valorados? Valoração total ou proibição total?

Eu acho que a questão aqui para a valoração é a questão do catálogo que temos que ter sempre como ponto de partida. Não estando no catálogo, a situação de valoração encontra dificuldades. Assim parece-me que os conhecimentos fortuitos quanto a crimes de catálogo poderão servir como prova, se não fizer parte do catálogo acho que como ajuda a formar uma convicção, mas enquanto prova se não fizer parte do catálogo tenho algumas dúvidas.



7. Os conhecimentos fortuitos relativos a crimes não incluídos no “catálogo” devem ser valorados?

A questão da valoração como prova é complexa, que eles servem para formar uma convicção não tenho dúvidas nenhuma, que devem servir para iniciar um novo procedimento também não, agora valorá-los como meio de prova aí tenho algumas reservas, mesmo nessas situações. Porque mesmo na associação criminosa será um meio, haverá pessoas que tenham essa opinião que são um meio para atingir um fim, mas também estamos sempre salvaguardados pela avaliação do JIC. Em primeira instância pelo MP, que vai-se sindicá-lo o nosso trabalho e em segundo o JIC enquanto guardião dos direitos fundamentais vai ter sempre uma opinião a dizer, vai ter que avaliar a pertinência ou não daquela interceptação telefónica e portanto em última instância ele poderá sempre recusar a valoração. Portanto nesse caso acho que está salvaguardado. Acho que há um tumor excessivo face às interceptações telefónicas. Há aqui duas coisas que devem ser salvaguardadas: primeiro as escutas telefónicas são mais um meio de obtenção de prova, elas existem, estão no código e são para utilizar. Estamos a falar das interceptações telefónicas e o que é certo é que é mais um meio de obtenção de prova ao qual devemos recorrer e para recorrer tem de existir alguma especificidade que obriga a que haja um conjunto de requisitos que se verifiquem, portanto quando há uma interceptação telefónica, a sua aplicabilidade já é como último recurso e já devem estar cumpridos esses requisitos. Não estou a ver que alguém vá pedir interceptação telefónica só com o objectivo segundo face aquele que é a investigação. Com certeza que quem vai avaliar a impertinência ou não daquela interceptação telefónica no caso do MP e o JIC vai com certeza avaliar estes pressupostos. Isto é a mesma coisa em relação a uma busca domiciliária, podemos propor a realização da busca e o MP pode sempre discordar, caso que ocorre também com o JIC.

8. Deverá admitir-se a utilização dos conhecimentos fortuitos, ainda que relativamente a crimes de catálogo, implicando a responsabilidade criminal de terceiros?

Eu acho que se o crime for de catálogo não levanta grandes questões nesse caso. Se ele for valorado enquanto prova vai obrigatoriamente implicar a responsabilidade de



alguém que cometeu um crime. Agora não sendo do catálogo não serve de prova ou há outros meios de prova que consigam de alguma forma fundamentar aquilo que assistimos, como numa vigilância, ou no método das apreensões, seja qual for a prova material, algo que confirme aquilo que nós nos apercebemos na intercepção telefónica e que possa responsabilizar alguém, caso contrário não.

9. Deverão ser aceites conhecimentos fortuitos surgidos em outros meios de obtenção de prova que não as escutas telefónicas? Nomeadamente no âmbito das buscas domiciliárias?

No caso das buscas domiciliárias, entendendo que já houve uma violação do direito, o direito à privacidade do domicílio já está violado, entendo que o dever de punir deve sempre sobrepor obviamente, mas sem violação dos direitos, sem pelo menos ser autorizada essa violação dos direitos, na fase de inquérito o dever de punir do Estado deve sempre sobrepor a questão dos direitos. Obviamente não podemos limitar os direitos, quer dos arguidos como dos suspeitos, para além do que foi autorizado pelo JIC. O direito de punir deve se sobrepor aos direitos fundamentais, nesta parte, e daqui que possam ser autorizadas intercepções e buscas domiciliárias, porque entende-se que o dever de investigar do Estado deve ser superior aos direitos fundamentais, sem olvidar os direitos fundamentais, como o direito de defesa, uma vez que não podemos cometer ilegalidades. Podemos é solicitar ao JIC que comprima esses direitos para que esse dever de punir ganhe alguma relevância.

10. Numa busca domiciliária é passível o surgimento de conhecimentos fortuitos?

Sim durante o cumprimento da busca podemos tomar conhecimento de algo que não se enquadra no objecto de investigação, nem sequer se enquadre na tal unidade processual em que se enquadra os conhecimentos de investigação, daí que possamos designá-los por conhecimentos fortuitos.



11. Quais os procedimentos que os OPC deverão adoptar quando se depararem com conhecimentos adversos no âmbito da realização de uma busca domiciliária?

Tomado conhecimento com um crime análogo, à imagem do que acontece com as interceptações telefónicas, esse conhecimento deve chegar à autoridade judiciária, MP e depois obviamente ao JIC, isto porque para já é o JIC que autoriza a busca, portanto tem que tomar conhecimento daquilo que foi apreendido.

É óbvio que se estamos num âmbito de uma busca e temos conhecimento de algo que não se enquadra na tal unidade processual da investigação, o material é apreendido e é integrado no mesmo processo, cabendo à autoridade judiciária avaliar o destino que lhe é dado.

Na minha opinião devem ser extraídas certidões para ser investigado esse novo conhecimento, caso se enquadre num conhecimento fortuito e aí que serve como prova fazendo parte do catálogo. Não fazendo parte do catálogo, serve para indiciar, ou servir como ponto de partida para uma nova investigação.